21世纪法学系列教材＞总主编 曾宪义 王利明

教育部全国普通高等学校优秀教材(一等奖)



总主编 曾宪义 王利明

21世纪法学系列教材

主编 程晓霞 余民才

国际法

(第三版)

中国人民大学出版社

大家网司法考试论坛倾情奉献：
2011 司法考试全程必备复习资料下载汇总

2011 年司法考试复习资料课程汇总_一帖打遍 2011 司考-同步更新(2010.10.22 更新)

中外法学名家著作、法学教材、法学辞书、法律古籍下载汇总(2010.10.28 更新)

【史无前例超清晰无水印版】2010 年国家司法考试辅导用书三大本

2002-2010 年国家司法考试真题及参考答案 word 版

2010 年国家司法考试辅导用书(全三卷)下载(含语音朗读版)

2011 年版司法考试历年试题及考点归类精解全 8 册下载

2011 年司考要点 200 口诀好记通

[法学理论]哈耶克：法律、立法与自由

[法学理论]哈耶克：个人主义与经济秩序

[法学理论]卢梭：论人类不平等的起源和基础

[法学理论]卢梭：社会契约论

[法学理论]孟德斯鸠：论法的精神

[法学理论]托克维尔：论美国的民主

[法学最权威词典]布莱克法律词典第 9 版 Black's Law Dictionary 9th Edition 下载

[申请加精]2010 收集最全的出题人论文集（共 206 篇）

《法理学》（第三版）张文显 下载 07 年 1 月出版 大师最新力作

《法学导论》卓泽渊著 下载

《法学概论》(第十版) 李双元著 下载

《犯罪学》(第三版)许章润著 下载

《规范刑法学》（第二版）陈兴良著 下载 泰斗最新巨著

《国际法》梁西著 下载

《国际法》王铁崖 国际法泰斗之集大成

《合同法》(第四版) 崔建远 下载 07 年 7 月出版 清华法学推荐教材

《教义刑法学》陈兴良著 下载

《经济法学》李昌麟著 下载

《口授刑法学》陈兴良著 下载

《民法学》(第二版)王利明 杨立新著 2008 年 2 月出版 下载

《民法原论》（第四版）真正完全版 马俊驹 余延满 下载 2010 年底最权威著作

《商法学》（第三版） 施天涛 下载 最新最权威 清华法学院推荐教材

《物权法要义》 温世扬 07 年 4 月出版 司考出题人最新力作 字字珠玑

《宪法》(第三版) 许崇德 下载 国家教材一等奖 07 年 4 月出版

《刑法总论精释》陈兴良著 1000 页完全版 下载

《行政法与行政诉讼法》马怀德 下载 07 年 3 月出版 大师最新力作

《中国法制史》(新编本) 叶孝信 最权威教材 下载

21 世纪法学教材——法理学（第三版）

21 世纪法学教材——合同法（第三版）

21 世纪法学教材——环境与资源保护法（第二版）

21 世纪法学教材——经济法（第二版）

21 世纪法学教材——劳动法和社会保障法

21 世纪法学教材——民法（第五版）

21 世纪法学教材——民事诉讼法（第四版）

21 世纪法学教材——侵权责任法（第二版）

21 世纪法学教材——商法总论（第四版）

21 世纪法学教材——物权法（第三版）

21 世纪法学教材——宪法（第四版）

21 世纪法学教材——刑法（第四版）

21 世纪法学教材——刑事诉讼法（第三版）

21 世纪法学教材——行政法与诉讼法（第四版）

21 世纪法学教材——知识产权法（第四版）

21 世纪法学教材——中国法制史（第三版）

阿蒂亚：法律与现代社会

百余本法学书籍下载

贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》

超爽--刚踏入和即将踏入律师行业的必看--从门外汉到成功律师（纠错版）

丹宁勋爵：法律的正当程序

法理学导论 舒国滢 下载 法学基础入门最好教材

法律四史必读 下载

法学名著免费下载——外国民商法精要

法学通论（第四版）吴汉东

犯罪构成体系与构成要件要素（张明楷）

冯•耶林：为权利而斗争

复旦博学系列——侵权责任法（杨立新）

复旦博学系列——中国法制史（第二版）叶孝信

国际经济法(第二版) 陈安著 07 年 1 月出版 大师最新力作

国际贸易法（第四版）王传丽

国际私法（第二版）黄进

国际私法（第二版）赵相林

合同法（第五版）崔建远

经济法学（第二版）李昌麒

经济法学（王卫国） 出题人最新巨著

经济法原理 王保树 清华法学最权威教材

梁治平：法律的文化解释（修订本）

罗斯科•庞德：普通法的精神

面向 21 世纪课程教材——国际法（第三版）

面向 21 世纪课程教材——国际经济法（第三版）

面向 21 世纪课程教材——国际私法（第二版）

面向 21 世纪课程教材——经济法（第四版）

面向 21 世纪课程教材——民法（第四版）

面向 21 世纪课程教材——刑法学（第四版）

面向 21 世纪课程教材——刑事诉讼法（第三版）

面向 21 世纪课程教材——行政法与行政诉讼法（第三版）

面向 21 世纪课程教材——中国法制史（第二版）

民法原论（第三版）真正完全版(1200 页)马俊驹 余延满 下载 07 年 8 月出版

民法总论（第三版）梁慧星 下载 07 年 7 月出版 大师最新力作

民事诉讼法（第二版）张卫平

民事诉讼法学 谭兵 李浩

名家法学文集：贺卫方

名家法学文集：梁慧星

牛津法律大辞典 下载

诺内特：转变中的法律与社会

判例刑法学（上下卷）陈兴良著 下载

商法学（第四版）施天涛

外国法制史（第四版）何勤华 本学科最新权威教材

王泽鉴：《民法学说与判例研究》 下载

王泽鉴：人格权、基本权利与言论自由

我也来贡献：《物权法》（第四版）梁慧星著 下载 07 年 8 月出版

西方法律思想史 严存生著 下载

西方法律思想史(第二版) 谷春德 下载 人大法学教材

宪法学（第二版）张千帆

宪法学（第四版）焦洪昌

刑法的基本立场（张明楷）

刑法学（第三版）张明楷 真正完全版(1000 页)下载 07 年 7 月出版

刑法哲学（上下册）陈兴良著 下载

行政法与行政诉讼法（第二版）应松年

张明楷：诈骗罪与金融诈骗罪研究下载

知识产权法（第三版）吴汉东

中国法制史（第二版）朱勇

中国国际私法通论(第三版) 李双元 大师最新力作 07 年 1 月出版

中国宪法学（第二版）胡锦光 韩大元

中华人民共和国侵权责任法释义

重磅推出：布莱克法律词典 Black's Law Dictionary (第八版)pdf 电子书

最新修订《中华人民共和国民事诉讼法释义》(全国人大常委会法工委)

罪刑法定与刑法解释（张明楷）

罪刑法定主义（陈兴良）

核心课教材＋核心课教学参考书

法理学　宪法　中国法制史　刑法　民法　商法总论　知识产权法　环境与资源保护法
经济法　行政法与行政诉讼法　民事诉讼法　刑事诉讼法　国际法　国际私法　国际经济法　劳动与社会保障法

选修课教材

立法学　物权法　侵权责任法　合同法　婚姻家庭法　继承法　企业和公司法　证券法
保险法　票据法　海商法　破产法　担保法　信托法　竞争法　金融法
税法原理　税法　房地产法　社会法导论　劳动法　社会保障法　信息法　电子商务法
简明证据法学　物证技术学　证据调查　非诉讼程序(ADR)教程　中国律师学　司法制度概论
外国法制史　外国宪法　中国法律思想史　西方法律思想史　西方经济法律制度　外国民商法
外国刑法原理(大陆法系)　英美刑法学　外国刑法各论（大陆法系）　新编国际刑法学　国际贸易法
法学概论　法律文书写作　现代西方法学流派

案例分析教材

民法案例分析　刑法总则案例分析　刑法各论案例分析　行政法案例分析　知识产权法案例分析
合同法要义与案例析解（总则）　合同法要义与案例析解（分则）　经济法案例分析
电子商务法案例分析　民事诉讼法案例分析　刑事诉讼法案例分析　国际经济法案例分析　外国宪法判例
税法案例分析　劳动法案例分析　世界贸易组织（WTO）案例分析

双语教材

国际法系列（中英文结合编写）

国际法　国际私法　国际贸易法　国际投资法　国际金融法　国际商事仲裁法　国际税法　海商法　国际刑法

英文原版影印＋中文导读注释

国际公法（导读本）　冲突法（导读本）　美国侵权法（注释本）　合同法（导读本）　意外事故、赔偿及法律（导读本）
网络法（导读本）　法律伦理（导读本）

配套辅导用书

练习题集

法理学练习题集　宪法练习题集　中国法制史练习题集　刑法练习题集　民法练习题集　商法练习题集
知识产权法练习题集　经济法练习题集　行政法与行政诉讼法练习题集　民事诉讼法练习题集　刑事诉讼法练习题集　国际法练习题集
国际私法练习题集　国际经济法练习题集　环境与资源保护法练习题集　合同法练习题集　税法练习题集　公司证券法练习题集

学生常用法律法规

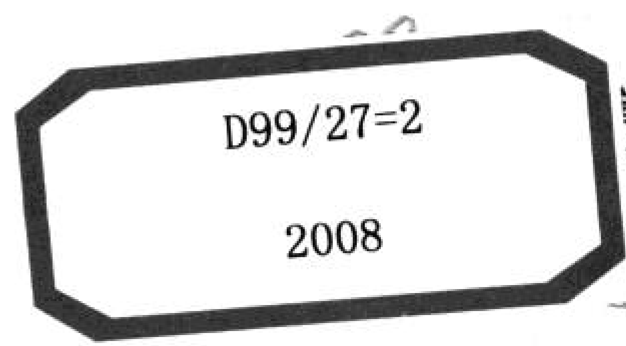
学生常用法律法规小全书
学生常用法律法规：民事法律分册（①民法；②民事诉讼法）　学生常用法律法规：刑事法律分册
学生常用法律法规：行政法律分册　学生常用法律法规：商事法律分册
学生常用法律法规：经济法律分册　学生常用法律法规：国际法律分册

本教材配套教学课件请登录以下网址下载使用：
○ 中国人民大学出版社网站：http://www.crup.cn/ 资源中心
○ 中国人民大学出版社法律出版分社网页：http://www.crup.cn/fl

策划编辑 郭　虹
责任编辑 耿红平　郭　虹
装帧策划 徐力坚
封面设计 敬人书籍设计
版式设计 徐力坚　赵星华



ISBN 978-7-300-09150-1/D · 1783　　定价：35.00元

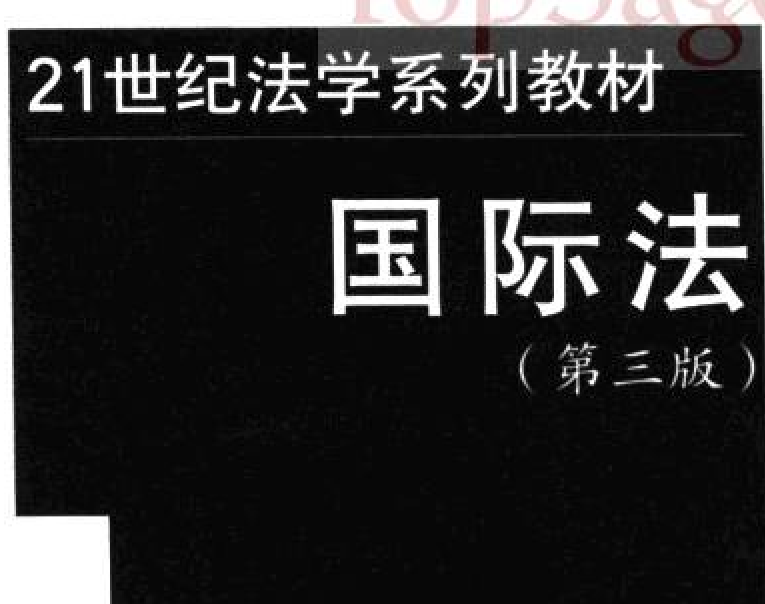


育部全国普通高等学校优秀教材(一等奖)

北京高等教育精品教材

BEIJING GAODENG JIAOYU JINGPIN JIAOCAI

总主编 曾宪义 王利明



主 编 程晓霞 余民才

撰稿人 （以撰写章节先后为序）

邵沙平 朱文奇 余民才

中国人民大学出版社

图书在版编目（CIP）数据

国际法/程晓霞，余民才主编．3版．
北京：中国人民大学出版社，2008
（21世纪法学系列教材/曾宪义，王利明总主编）
北京高等教育精品教材
ISBN 978-7-300-09150-1



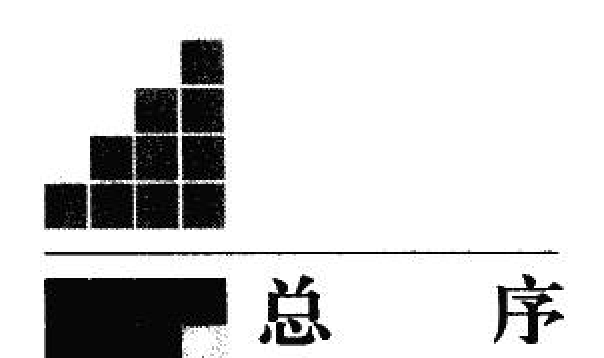
Ⅰ．国…
Ⅱ．①程… ②余…
Ⅲ．国际法-高等学校-教材
Ⅳ．D99

中国版本图书馆CIP数据核字（2008）第041384号

教育部全国普通高等学校优秀教材（一等奖）
北京高等教育精品教材
21世纪法学系列教材
总主编　曾宪义　王利明
国际法（第三版）
主编　程晓霞　余民才

出版发行	中国人民大学出版社		
社　　址	北京中关村大街31号	**邮政编码**	100080
电　　话	010－62511242（总编室）		010－62511398（质管部）
	010－82501766（邮购部）		010－62514148（门市部）
	010－62515195（发行公司）		010－62515275（盗版举报）
网　　址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com(人大教研网)		
经　　销	新华书店		
印　　刷	北京宏伟双华印刷有限公司	**版　　次**	1999年11月第1版
规　　格	170 mm×228 mm　16开本		2008年4月第3版
印　　张	23.75 插页1	**印　　次**	2008年4月第1次印刷
字　　数	430 000	**定　　价**	35.00元





总　序

曾宪义

在人类文明与文化的发展中，中华民族曾作出过伟大的贡献，不仅最早开启了世界东方文明的大门，而且对人类法治、法学及法学教育的生成与发展进行了积极的探索与光辉的实践。

在我们祖先生存繁衍的土地上，自从摆脱动物生活、开始用双手去进行创造性的劳动、用人类特有的灵性去思考以后，我们人类在不断改造客观世界、创造辉煌的物质文明的同时，也在不断地探索人类的主观世界，逐渐形成了哲学思想、伦理道德、宗教信仰、风俗习惯等一系列维系道德人心、维持一定社会秩序的精神规范，更创造了博大精深、义理精微的法律制度。应该说，在人类所创造的诸种精神文化成果中，法律制度是一种极为奇特的社会现象。因为作为一项人类的精神成果，法律制度往往集中而突出地反映了人类在认识自身、调节社会、谋求发展的各个重要进程中的思想和行动。法律是现实社会的调节器，是人民权利的保障书，是通过国家的强制力来确认人的不同社会地位的有力杠杆，它来源于现实生活，而且真实地反映现实的要求。因而透过一个国家、一个民族、一个时代的法律制度，我们可以清楚地观察到当时人们关于人、社会、人与人的关系、社会组织以及

哲学、宗教等诸多方面的思想与观点。同时，法律是一种具有国家强制力、约束力的社会规范，它以一种最明确的方式，对当时社会成员的言论或行动作出规范与要求，因而也清楚地反映了人类在各个历史发展阶段中对于不同的人所作出的种种具体要求和限制。因此，从法律制度的发展变迁中，同样可以看到人类自身不断发展、不断完善的历史轨迹。人类社会几千年的国家文明发展历史已经无可争辩地证明，法律制度乃是维系社会、调整各种社会关系、保持社会稳定的重要的工具。同时，法律制度的不断完善，也是人类社会文明进步的显著体现。

由于发展路径的不同、文化背景的差异，东方社会与西方世界对于法律的意义、底蕴的理解、阐释存有很大的差异，但是，在各自的发展过程中，都曾比较注重法律的制定与完善。中国古代虽然被看成是“礼治”的社会、“人治”的世界，被认为是“只有刑，没有法”的时代，但从《法经》到《唐律疏议》、《大清律例》等数十部优秀成文法典的存在，充分说明了成文制定法在中国古代社会中的突出地位，唯这些成文法制所体现出的精神旨趣与现代法律文明有较大不同而已。时至20世纪初叶，随着西风东渐、东西文化交流加快，中国社会开始由古代的、传统的社会体制向近现代文明过渡，建立健全的、符合现代理性精神的法律文明体系方成为现代社会的共识。正因为如此，近代以来的数百年间，在西方、东方各主要国家里，伴随着社会变革的潮起潮落，法律改革运动也一直呈方兴未艾之势。

从历史上看，法律的文明、进步，取决于诸多的社会因素。东西方法律发展的历史均充分证明，推动法律文明进步的动力，是现实的社会生活，是政治、经济和社会文化的变迁；同时，法律内容、法律技术的发展，往往依赖于一大批法律专家以及更多的受过法律教育的社会成员的研究和推动。从这个角度看，法学教育、法学研究的发展，对于法律文明的发展进步，也有着异常重要的意义。正因为如此，法学教育和法学研究在现代国家的国民教育体系和科学研究体系中，开始占有越来越重要的位置。

中国近代意义上的法学教育和法学研究，肇始于19世纪末的晚清时代。清光绪二十一年（公元1895年）开办的天津中西学堂，首次开设法科并招收学生，虽然规模较小，但仍可以视为中国最早的近代法学教育机构（天津中西学堂后改名为北洋大学，又发展为天津大学）。三年后，中国近代著名的思想家、有“维新骄子”之称的梁启超先生即在湖南《湘报》上发表题为《论中国宜讲求法律之学》的文章，用他惯有的富有感染力的激情文字，呼唤国人重视法学，发明法学，讲求法学。梁先生是清代末年一位开风气之先的思想巨子，在他的辉煌的学术生涯中，法学并非其专攻，但他仍以敏锐的眼光，预见到了新世纪中国法学研

究和法学教育的发展。数年以后，清廷在内外压力之下，被迫宣布实施“新政”，推动变法修律。以修订法律大臣沈家本为代表的一批有识之士，在近十年的变法修律过程中，在大量翻译西方法学著作，引进西方法律观念，有限度地改造中国传统的法律体制的同时，也开始推动中国早期的法学教育和法学研究。20世纪初，中国最早设立的三所大学——北洋大学、京师大学堂、山西大学堂均设有法科或法律学科目，以期“端正方向，培养通才”。1906年，应修订法律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请，清政府在京师正式设立中国第一所专门的法政教育机构——京师法律学堂。次年，另一所法政学堂——直属清政府学部的京师法政学堂也正式招生。这些大学法科及法律、法政学堂的设立，应该是中国历史上近代意义上的正规专门法学教育的滥觞。

自清末以来，中国的法学教育作为法律事业的一个重要组成部分，随着中国社会的曲折发展，经历了极不平坦的发展历程。在20世纪的大部分时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争。在外敌入侵、民族危亡的沉重压力之下，中国人民为寻找适合中国国情的发展道路而花费了无穷的心力，付出过沉重的代价。从客观上看，长期的社会骚动和频繁的政治变迁曾给中国的法治与法学带来过极大的消极影响。直至70年代末期，以“文化大革命”宣告结束为标志，中国社会从政治阵痛中清醒过来，开始用理性的目光重新审视中国的过去，规划国家和社会的未来，中国由此进入长期稳定、和平发展的大好时期，以这种大的社会环境为背景，中国的法学教育也获得了前所未有的发展机遇。

从宏观上看，实行改革开放以来，经过二十多年的努力，中国的法学教育事业所取得的成就是辉煌的。首先，经过“解放思想，实事求是”思想解放运动的洗礼，在中国法学界迅速清除了极左思潮及苏联法学模式的一些消极影响，根据本国国情建设社会主义法治国家已经成为国家民族的共识，这为中国法学教育和法学研究的发展奠定了稳固的思想基础。其次，随着法学禁区的不断被打破、法学研究的逐步深入，一个较为完善的法学学科体系已经建立起来。理论法学、部门法学各学科基本形成了比较系统和成熟的理论体系和学术框架，一些随着法学研究逐渐深入而出现的法学子学科、法学边缘学科也渐次成型。1997年，国家教育主管部门和教育部高校法学学科教学指导委员会对原有专业目录进行了又一次大幅度调整，决定自1999年起法学类本科只设一个单一的法学专业，按照一个专业招生，从而使法学学科的布局更加科学和合理。同时，在充分论证的基础上，确定了法学专业本科教学的14门核心课程，加上其他必修、选修课程的配合，由此形成了一个传统与更新并重、能够适应国家和社会发展需要的教学体系。法学硕士和博士研究生及法律硕士专业学位研究生的专业设置、课程教学和

培养体系也日臻完善。再次，法学教育的规模迅速扩大，层次日趋齐全，结构日臻合理。目前中国有六百余所普通高等院校设置了法律院系或法律本科专业，在校本科学生和研究生已达二十余万人。除本科生外，在一些全国知名的法律院校，法学硕士研究生、法律硕士专业学位研究生、法学博士研究生已经逐步成为培养的重点。

众所周知，法律的进步、法治的完善，是一项综合性的社会工程。一方面，现实社会关系的发展，国家政治、经济和社会生活的变化，为法律的进步、变迁提供动力，提供社会的土壤。另一方面，法学教育、法学研究的发展，直接推动法律进步的进程。同时，全民法律意识、法律素质的提高，则是实现法治国理想的关键的、决定性的因素。在社会发展、法学教育、法学研究等几个攸关法律进步的重要环节中，法学教育无疑处于核心的、基础的地位。中国法学教育过去二十多年所走过的历程令人激动，所取得的成就也足资我们自豪。随着国家的发展、社会的进步，在21世纪，我们面临着更严峻的挑战和更灿烂的前景。“建设世界一流法学教育”，任重道远。

首先，法律是建立在经济基础之上的上层建筑，以法治为研究对象的法学也就成为一门实践性很强的学科。社会生活的发展变化，势必要对法学教育、法学研究不断提出新的要求。经过二十多年的奋斗，中国改革开放的前期目标已顺利实现。但随着改革开放的逐步深入，国家和社会的一些深层次问题，比如说社会主义市场经济秩序的真正建立、国有企业制度的改革、政治体制的完善、全民道德价值的重建、环境保护和自然资源的合理利用等等，也已经开始浮现出来。这些复杂问题的解决，无疑最终都会归结到法律制度的完善上来。建立一套完善、合理的法律制度，构建理想的和谐社会，乃一项持久而庞大的社会工程，需要全民族的智慧和努力。其中的基础性工作，如理论的论证、框架的设计、具体规范的拟订、法律实施中的纠偏等等，则有赖于法学研究的不断深入，以及高素质人才特别是法律人才的养成，而培养法律人才的任务，则是法学教育的直接责任。

其次，21世纪是一个多元化的世纪。20世纪中叶发生的信息技术革命，正在极大地改变着我们的世界。现代科学技术，特别是计算机网络信息技术的发展，使传统的生活方式、思想观念发生了根本的改变，并由此引发许多人类从未面对过的问题。就法学教育而言，在21世纪所要面临的，不仅是教学内容、研究对象的多元化问题，而且还有培养对象、培养目标的多元化、教学方式的多元化等一系列问题，这些问题都需要法学界去思考、去探索。

中国人民大学法学院建立于1950年，是新中国诞生后创办的第一所正规高等法学教育机构。在半个多世纪的岁月中，中国人民大学法学院以其雄厚的学术

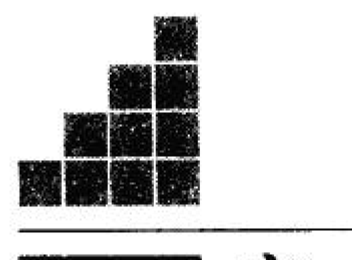
力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及丰硕的学术研究成果，在全国法学教育领域处于领先地位，并开始跻身于世界著名法学院之林。据初步统计，中国人民大学法学院已经为国家培养法学专业本科生、硕士生、博士生一万余人，培养各类成人法科学生三十余万人。经过多年的努力，中国人民大学法学院形成了较为明显的学术优势，在现职教师中，既有一批资深望重、在国内外享有盛誉的法学前辈，更有一大批在改革开放后成长起来的优秀中青年法学家。这些老中青法学专家多年来在勤奋研究法学理论的同时，也积极投身于国家的立法、司法实践，对国家法制建设贡献良多。

有鉴于此，中国人民大学法学院与中国人民大学出版社经过研究协商，决定结合中国人民大学法学院的学术优势和中国人民大学出版社的出版力量，出版一套“21世纪法学系列教材”。自1998年开始编写出版本科教材，包括按照国家教育部所确定的法学专业核心课程和其所颁布印发的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而编写的14门核心课程教材，也包括法学各领域、各新兴学科教材及教学参考书和案例分析在内，到2000年12月3日在人民大会堂大礼堂召开举世瞩目的“21世纪世界百所著名大学法学院院长论坛暨中国人民大学法学院成立五十周年庆祝大会”之时，业已出版了50本作为50周年院庆献礼，到现在总共出版了80本。为了进一步适应高等法学教育发展的形势和教学改革的需要，最近中国人民大学法学院与中国人民大学出版社决定将这套教材扩大为四个系列，即：“本科生用书”、“法学研究生用书”、“法律硕士研究生用书”以及“司法考试用书”，总数将达二百多本。我们设想，本套教材的编写，将更加注意“高水准”与“适用性”的合理结合。首先，本套教材将由中国人民大学法学院具有全国影响的各学科的学术带头人领衔，约请全国高校优秀学者参加，形成学术实力强大的编写阵容。同时，在编写教材时，将注意吸收中国法学研究的最新的学术成果，注意国际学术发展的最新动向，力求使教材内容能够站在21世纪的学术前沿，反映各学科成熟的理论，体现中国法学的水平。其次，本套教材在编写时，将针对新时期学生特点，将思想性、学术性、新颖性、可读性有机结合起来，注意运用典型生动的案例、简明流畅的语言去阐释法律理论与法律制度。

我们期望并且相信，经过组织者、编写者、出版者的共同努力，这套法学教材将以其质量效应、规模效应，力求成为奉献给新世纪的精品教材，我们诚挚地祈望得到方家和广大读者的教正。

2006年7月1日





序　言

法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型的新世纪、新阶段，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。近年来，法学教育取得了长足的进步，法科数量增长很快，教育质量稳步提高，培养层次日渐完善，目前已经形成了涵盖本科生、第二学士学位生、法学硕士研究生、法律硕士研究生、法学博士研究生的完整的法学人才培养体系，接受法科教育已经成为莘莘学子的优先选择之一。随着中国法治事业的迅速发展，我们有理由相信，中国法学教育的事业大有可为，中国法学教育的前途充满光明。

教育的基本功能在于育人，在于塑造德才兼备的高素质人才。法学教育的宗旨并非培养只会机械适用法律的“工匠”，而承载着培养追求正义、知法懂法、忠于法律、廉洁自律的法律人的任务。要完成法学教育的使命，首先必须认真抓好教材建设。我始终认为，教材是实

现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。

第一，法学教材是传授法学基本知识的工具。初学法律，既要有好的老师，又要有好的教材。正如冯友兰先生所言："学哲学的目的，是使人作为人能够成为人，而不是成为某种人。其他的学习（不是学哲学）是使人能够成为某种人，即有一定职业的人。"一套好的教材，能够高屋建瓴地展示法律的体系，能够准确简明地阐释法律的逻辑，能够深入浅出地叙述法律的精要，能够生动贴切地表达深奥的法理。所以，法学教材是学生学习法律的向导，是学生步入法律殿堂的阶梯。如果在入门之初教材就有偏颇之处，就可能误人子弟，学生日后还要花费大量时间与精力来修正已经形成的错误观念。

第二，法学教材是传播法律价值理念的载体。好的法学教材不仅要传授法学知识，更要传播法律的精神和法治的理念，例如对公平、正义的追求，尊重权利的观念。本科、研究生阶段的青年学子，正处在人生观、价值观形成的阶段，一套优秀的法学教材，对于他们价值观的塑造和健全人格的培养具有重要意义。

第三，法学教材是形成职业共同体的主要条件。建设社会主义法治国家，有赖于法律职业共同体的生成。一套好的法学教材，向法律研习者传授共同的知识，这对于培养一个接受共同的价值理念、共同的法律思维、共同的话语体系的法律共同体，具有重要的作用。

第四，法学教材是所有法律研习者的良师益友。没有好的教材，一个好的教师或可弥补教材的欠缺和不足，但对那些没有老师指导的自学者而言，教材就是老师，其重要作用是显而易见的。

长期以来，在我们的评价体系中，教材并没有获得应有的注重，对学术成果的形式优先考虑的往往是专著而非教材。在不少人的观念中，教材与创新、与学术精品甚至与学术无缘。其实，要真正写出一部好的教材，其难度之大、工作之艰辛、影响之深远，绝不低于一部优秀的专著，它甚至可以成为在几百年甚至更长的时间内发挥作用的传世之作。以查士丁尼的《法学阶梯》为例，所谓法学阶梯，即法学入门之义，就是一部教材。但它概括了罗马法的精髓，千百年来，一直是人们研习罗马法最基本的著述。日本著名学者我妻荣说过，大学教授有两大任务：一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书；二是选择自己最有兴趣、最看重的题目，集中精力进行终生的研究。实际上，这两者是相辅相成的。写出一部好教材，必须要对相关领域形成一个完整的知识体系，还要能以深入浅出的语言将问题讲清楚、讲明白。没有编写教材的基本功，实际上也很难写出优秀的专著。当然，也只有对每一个专题都有一定研究，才能形成对这个学术



领域的完整把握。

虽然近几年我国法学教育发展迅速，成绩显著，但是法学教育也面临许多挑战。各个学校的师资队伍和教学质量参差不齐，这就更需要推出更多的结构严谨、内容全面、角度各有侧重、能够适应不同需求的法学教材，为提高法学教学和人才培养质量、保障法学教育健康发展提供前提条件。

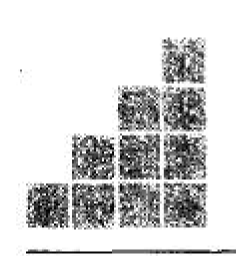
长期以来，中国人民大学法学院始终高度重视教材建设。作为新中国成立后建立的第一所正规的法学教育机构，中国人民大学法律系最早开设了社会主义法学教学课堂，编写了第一套社会主义法学讲义，培养了新中国第一批法学本科生和各学科的硕士生、博士生，产生了新中国最早的一批法学家和法律工作者。中国人民大学法律系因此被誉为“新中国法学教育的工作母机”。半个多世纪以来，中国人民大学法学院为社会主义法制建设培养了大批优秀的法律人才，并为法学事业的振兴和繁荣作出了卓越贡献，也因此成为引领中国法学教育的重镇、凝聚国内法律人才的平台和沟通中外法学交流的窗口，并在世界知名法学院行列中崭露头角。为了对中国法学教育事业作出更大的贡献，我们有义务也有责任出版一套体现我们最新研究成果的法学教材。

承蒙中国人民大学出版社的大力支持，我们组织编写了本套教材，其中包括本科生用书、法律硕士研究生用书、法学研究生用书和司法考试用书四大系列，分别面向不同层次法科教育需求。编写人员以中国人民大学法学院教师为主，反映了中国人民大学法学院整体的研究实力和学术视野。相信本套教材的出版，一定能够为新时期法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

是为序。

2006年7月10日







第三版编写说明

《国际法》2002年被评为教育部全国普通高等学校优秀教材（一等奖），2006年被评为北京高等教育精品教材。适应国际法新发展的需要，我们对2005年版进行了修订。修订在保持原版的指导思想和框架基础上，增加了有关我国实践的内容和课堂讨论案例，主要修改了国际人权法的实施机制，并配有必要的图表。

修订由中国人民大学法学院国际法教研室教师负责进行，分工如下：

邵沙平：第一、二、八和九章；

朱文奇：第三、四、十三和十四章；

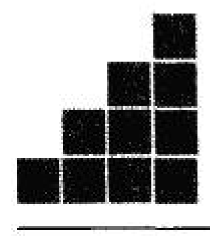
余民才：第五、六、七、十、十一和十二章。

若有错漏之处，希望读者不吝指正。

编者

2008年3月







编写说明

这本教材是为法学本科54学时教学计划编写的，为此，我们在编写中对国际法的内容、章节安排有所取舍，以求尽量使之既简明，又能包含国际法的基础知识和当今国际关系中常见的国际法问题。根据多年的教学经验，我们认为这些内容足以给本科生打下基础，在他们遇到国际法的新问题时也能有触类旁通之效。

本教材由中国人民大学法学院国际法教研室教师编写，分工如下：

张文彬撰写第一、二、三、七、八章；

余民才撰写第四、五、六、九、十章；

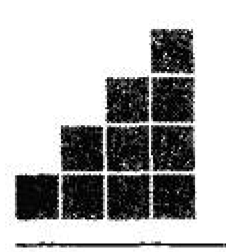
程晓霞撰写第十一、十二章并负责主编和定稿。

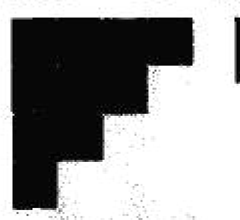
我们水平有限，且编写匆忙，错漏之处，希望不吝赐教。

编者

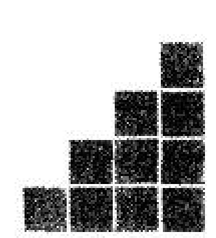
1999年6月



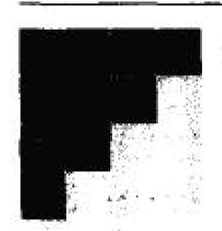




目 录







CONTENTS





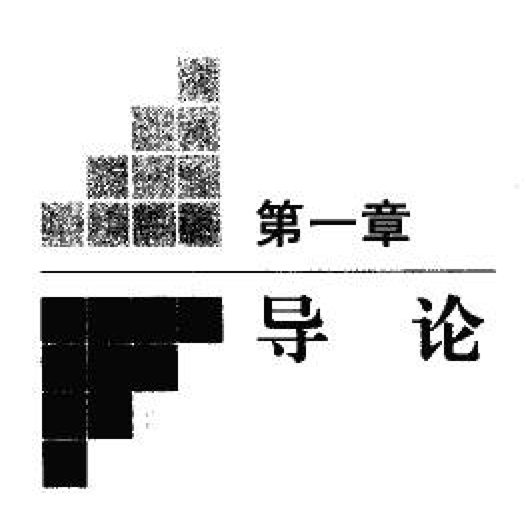
Chapter 10

Chapter 11

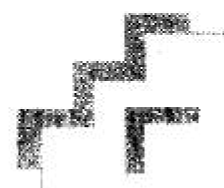
Chapter 12

Chapter 13





第一章
导　论





第三节 国际法的编纂	一、概述 二、联合国与国际法的编纂
第四节 国际法的主体	一、概述 二、国家是国际法的基本主体 三、国际组织是国际法的重要主体 四、争取独立的民族是国际法的主体 五、关于个人的国际法主体资格
第五节 国际法与国内法的关系	一、国际法与国内法关系的理论 二、国际法在国内法律秩序中的适用 三、国际法与国内法的冲突 四、国际法在中国的适用

本章概要

导论是国际法学的基础。这部分涉及国际法的性质、主体、国际法的渊源与编纂以及国际法与国内法的关系。导论提出国际法的基本理念并分析国际法最基本的理论问题，它是国际法的入门，是深入学习国际法的基础。

关键术语

国际法　国际法的渊源　国际习惯　一般法律原则　国际法的编纂　国际法治　一元论　二元论



第一节 国际法的性质

一、国际法的名称

国际法一词在西方文献中最初是以拉丁文 jus gentium 的名称出现。Jus gentium 汉译为万民法，原本是古代罗马国内法的一个组成部分，与市民法（jus civile）相对称。在古罗马，市民法适用于罗马公民，万民法适用于外国人以及外国人与罗马公民的关系。

1625 年，被誉为“国际法之父”的荷兰法学家格老秀斯（Hugo Grotius）在其名著《战争与和平法》中，使用 jus gentium 一词来称呼调整国家间关系的原则和规则，使这一术语的含义扩大而具有万国法的性质。Jus gentium 也译为英文的 law of nations。

1780 年，英国法学家、哲学家边沁（Jeremy Benthem）在其《道德和立法原理导论》一书中建议改用 international law（国际法），以更加准确地表达区别于国内法的国家间法律的含义。边沁的建议在国际社会逐渐获得广泛认同和普遍接受。

由于有的国家有区分公法和私法的传统，有的学者为了区别于国际私法，又将国际法称为国际公法（public international law）。随着调整国际私法领域的国际条约和国际习惯的增多，国际公法和国际私法的联系和渗透日益加深。①

在中国，19 世纪中叶开始从西方接受国际法，通用的名称是万国公法或公法。其中，最早使用这一名称的是美国传教士丁韪良。他于 1864 年将美国人惠顿所著《国际法原理》一书译为中文，定名为“万国公法”和“万国律例”。这一译法传入日本，亦得到广泛采用。1873 年，日本人箕作麟祥将万国公法改译为“国际法”，在日本通行。清末法律改革，大量日本政法名词输入中国，日本通用的国际法这一名词又被中国法学界广泛采用。

---

① 国际法是否等同于国际公法是个有争议的问题，但从《联合国国际法委员会章程》的观点来看，国际法并没有排除国际私法。按照该章程第 1 条的规定，国际法委员会的编纂工作主要是关注国际公法领域，但并不排除进入国际私法领域。



二、国际法的定义

国际法是适用于国际社会的法，是适应国际社会的需要而形成和发展的国际社会的产物。由于国际社会处于不断变化和发展中，“国际法”这一法律用语所包含的内容也随之演变和发展。

由于至今没有一个公认的国际法律文件对国际法这一法律术语予以明确定义，也由于不同的时代国际法具有不同的特点以及当今国际法规则的繁多和复杂，这使得对国际法的概念进行科学定义不是一件容易的事情。然而，尽管国际法学家们对国际法的定义不完全一致，但国际法区别于国内法的基本特征已成为国际法学家的共识。区别在于，各国学者和不同流派的学者所强调的重点不同，在定义中所列举的要素不同。

与国内法相比，国际法的基本特征主要表现在：

第一，国际社会是国际法产生、形成和发展的基础。[①] 国际法的历史表明，国际法是适应国际社会成员交往的需要而产生的，也是为国际社会所公认的。国际法的发展与国际社会的发展是互动的。国际社会的发展不仅对国际法提出新任务，也为国际法的发展提供新手段。变化的国际社会要求国际法的与时俱进，从而促使国际法革新和发展。

第二，国际法所调整的对象是国际关系。国际法所调整的国际关系的内容并不是一成不变的。在相当长的一个历史时期，国家是国际法的唯一主体，因此，国际法所调整的国际关系就是指国家间的关系。20世纪以来，特别是联合国成立以后，国际组织在国际社会中所发挥的作用愈来愈大，国家和国际组织的关系成为国际关系的一个重要内容。在当今的国际社会，尽管国际关系的内容不断发生变化，但国家间的关系仍然是国际关系的基本内容。

第三，国际法是对国际社会所有成员具有法律约束力的各种原则、规则和制度的总称。国际法是一个复杂和综合的法律体系。这个体系既包括适用于国际法一切领域的主权平等、和平解决国际争端等国际法基本原则，又包括适用于领土、海洋、空间、环境和人权等领域的国际法具体原则、规则和制度。在强调国际法治的国际社会中，国际法的规则不仅约束国家，也在某些领域约束国际组织和非国家行为体。除国家责任这个传统国际法领域外，国际法还发展了国际组织责任和个人责任的相关规则。

---

① 有关国际法的社会基础，参见梁西主编：《国际法》，5～8页，武汉，武汉大学出版社，2000。

因此，国际法概念可作如下定义：国际法是在国际交往中形成的，主要用以调整国家间关系的，具有法律约束力的各种原则、规则和制度的总称。

三、国际法的性质

关于国际法的性质，主要涉及法律性和国际性这两个问题。

（一）国际法的法律性

作为适用于国际社会的法，国际法是具有约束力的法律规则而不是国际道德规范的论断，在今天应该是个毋庸置疑的问题。但历史上，曾有一些法学家对国际法的法律性持怀疑和否定态度。例如，19世纪英国法学家奥斯丁（Austin）就认为，法律是主权者的命令，而国际法只是“实在的国际道德”。

当时人们否定国际法的法律性的原因是多方面的。如果对国际法规则进行历史分析，将会发现，国内法形成在前，而国际法形成在后，国际法在形成之初的阶段，主要是国际习惯法，一些原则和规则的规定并不明确。虽然在18世纪，已有国家通过宪法明确国际法的法律性质，但当时人们往往习惯用国内法的观点去判断和评价法律。由于国际法是不同于国内法的一个特殊的法律体系，如果以国内法的特点看待国际法，往往就会得出国际法不是法的结论。

20世纪以来，特别是联合国成立以后，情况发生了很大变化。一方面，国际社会出现的大量问题使国家认识到仅靠单一的国家自身的力量难以解决，这些国家往往通过订立条约的方式确立相互间合作的规则。另一方面，《联合国宪章》所确立的国际法治的精神以及联合国对国际法的编纂，使国际法的法律性更加清楚、明确。许多国家在建立和完善法治国家的过程中，也通过宪法和其他国内法明确国际法的法律地位以及遵守国际法的决心。

即使承认国际法是法，一些人对国际法的有效性也表示怀疑。特别是当有的国家违反国际法规则时，例如针对2003年美国对伊拉克发动战争这一事件，许多人对国际法提出质疑。其实，与各国的公民遵守国内法相比，国家遵守国际法的情况要远远高于违反国际法的情况。那为何人们还会对国际法的有效性产生怀疑？这与国际法不同于国内法的特殊性有关。国际法主要是调整国家之间关系的法律，国家是国际法的基本主体。当国家按照国际法所规定的权利和义务规则行事时，一般人可能感受不到，新闻媒体也不会报道。而当国家违反国际法时，全球新闻媒体的报道，使人们往往得出错误的结论，以为国际法没有效力。亨金（Louis Henkin）甚至认为，几乎所有的时候，几乎所有的国家，遵守了几乎所有的国际法原则和他们

的义务。[1] 国际法之所以得到国家的普遍遵守，是因为主要由国家组成的国际社会需要国际法，而国际法的规则反映了各国间的“共同利益”，国际法又主要是通过国家之间以条约和习惯的方式形成“国际公认”而确立的。

关于国际法的法律性的另一个问题是国际法中有强行法（peremptory norms）吗？在1969年《维也纳条约法公约》之前，关于这个问题存在激烈争论。1969年《维也纳条约法公约》明确提出了强行法规则的概念，而此后的国际法律实践不断肯定了国际法中存在强行法规则。国际法不仅是法，而且其规则还可以分为强行法和任意法的观点逐渐得到了认同。

（二）国际法的国际性

作为适用于国际社会的法，国际法的“国际性”是其区别于国内法的显著特征。随着国际社会的发展，国际法的国际性的内涵也不断丰富。

国际法的国际性可以从如下方面理解：

第一，社会基础的国际性。国际法的社会基础是国际社会，而国内法的社会基础是国内社会。

第二，调整对象的国际性。国际法的调整对象是国际关系，国际法是以国际关系为对象的法律，国际法律关系是以法律形式表现出来的国际关系。

第三，形成方式的国际性。国际法是在国家之间交往中以习惯或条约等各国共同同意的方式形成的法律，是国际社会公认的产物，不是一国单方的行为。

长期以来，人们在探讨国际法的国际性时主要关注国际法所调整的国际关系，关注国际法是国家之间的法。的确，自国际法形成以来，国际法一直以国家为中心，即使在今天，国际法也主要是关于国家之间的法律。但是，20世纪以来，国际法逐渐发生了一些变化。早在1923年，常设国际法院在“关于突尼斯和摩洛哥国籍法令案”发表咨询意见时曾指出，某一事项是否纯属于一个国家的国内管辖事项，主要是一个相对的问题，它取决于国际关系的发展。随着经济全球化的发展，国际社会面临的必须通过国际合作解决的国际问题愈来愈多，“国际管辖的事项”不断增加。国际法的体系中除继续发展以国家为中心的规则外，还出现了其他规则。[2]

---

① See Louis Henkin, *How Nations Behave*, 2nd ed., p. 47, 1979.

② 例如，2000年联合国开发署组织编著了一份“人类发展报告”。在该报告中，有作者提出了三类国际法规范的观点。第一类“贸易协定”是以国家为中心，第二类“人权协定”以国家和个人为中心，第三类“环境协定”以国家、个人和社区为中心。参见联合国开发计划署：《2000年人类发展报告》，85页，北京，中国财经出版社，2001。



国际法的国际性还应考虑下述内容：

第一，国际正义。正义既是法律追求的目标，也是法律的内含要素。国际法也应以追求国际正义为目标，并以维护国际正义为己任。1945年《联合国宪章》明确指出，“维持正义”是其所设立和要实现的目标，宪章所规定的集中力量维持国际和平及安全等原则和措施是实现国际正义的重要手段。联合国这个国际组织的建立进一步推动了国际法追求和维护国际正义。1998年《国际刑事法院规约》也明确宣布：决心保证永远尊重和执行国际正义。

第二，国际社会的共同利益。国际法不应只关注和考虑个别国家的特殊利益，而应反映国际社会的共同利益。1945年《联合国宪章》在强调不使用武力时，明确提出了“公共利益”的概念。1967年《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》在确立有关为和平目的发展探索和利用外层空间的国际法原则时，明确提出了“全人类共同利益”的概念。

第三，国际法治。国际法治成为国际法追求的目标主要是在20世纪，特别是联合国成立以后的事情。《联合国宪章》的宗旨和原则确立了实现国际法治的原则和措施。国际正义、国际法治与《联合国宪章》的宗旨有密不可分的关系。1949年《国家权利义务宣言草案》对这三者的关系有一个经典的诠释：按联合国宪章之本旨在于维持国际和平与安全，而法治与正义实为达成此项宗旨之要素。1970年《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》进一步明确指出，联合国宪章所谈的国际和平是基于“自由、平等、正义及尊重基本人权之国际和平”。实践证明，联合国依照宪章维护和发展国际法的活动推进了“国际法治”的进程。①

因此，国际法的法律性和国际性的丰富内涵反映了国际社会的性质和发展。国际法与国内法最根本的区别在于国际法不是一个国家所创立的，不是一个国家的利益和意志，而是国家之国际社会所共同创立的，是反映了国际社会的共同利益和意志的法律。

---

① 1970年10月《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》明确指出，联合国宪章在促进“国际法治”上至为重要。1999年11月17日联合国大会通过的决议明确指出，联合国对加强“国际法治”作出了重要贡献。



第二节　国际法的渊源

一、概述

源于人们对“渊源”（Sources）的不同理解，国际法学界对于国际法渊源的含义，有各种不同的解释。基于国际法渊源的作用主要在于使法律规则得到认定并使法律规则与其他规则包括“应有法”规则区别开来，进而尊重、遵守和适用国际法①，国际法的渊源可以定义为：国际法的原则和规则第一次出现的地方和使国际法的规范具有“合法性”的法律形式。

尽管没有公认的专门定义国际法渊源的国际法律文件，但国际法学界普遍以《国际法院规约》第38条为依据对国际法渊源进行解释。

《国际法院规约》第38条第1款规定：

法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

（子）不论普通或特别国际协约，确立诉讼当事国明白承认之规条者。

（丑）国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。

（寅）一般法律原则为文明各国所承认者。

（卯）在第59条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。

由于对第38条的规定理解不同，在解释上意见并不完全一致。学者们普遍赞同国际条约和国际习惯是国际法的主要渊源。分歧意见主要涉及一般法律原则是否是独立渊源以及该原则的确切含义。有的学者将国际条约和国际习惯归为“严格法律意义上的国际法渊源”，将一般法律原则归为“广泛历史意义上的国际法渊源”。

许多学者还指出，第38条不是对国际法渊源的详尽列举，如国际组织的决议应该是现代国际法的渊源。② 1945年《国际法院规约》第38条的规定来自于

---

① 1945年《联合国宪章》庄严宣告：我联合国人民，同兹决心……尊重由条约与国际法其他渊源而起之义务。

② 参见梁西主编：《国际法》，41～42页；王铁崖主编：《国际法》，10～18页，北京，法律出版社，1995。

1920 年《常设国际法院规约》的相同规定。当时国际组织对国际法渊源的影响还未发展到今天这样的程度。20 世纪 90 年代以来，国际组织的决议作为国际法渊源有很多证据支持，例如，"起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人的国际法庭"，就是由联合国安理会通过决议建立的。《前南国际刑事法庭规约》最早包含在联合国安理会于 1993 年通过的 827 号决议中，1998 年、2000 年和 2002 年联合国安理会通过的决议对规约进行了修改。

1998 年《国际刑事法院规约》为考察国际法渊源提供了另一个重要材料。该规约第 21 条规定：

1. 本法院应适用的法律依次为：

首先，适用本规约、《犯罪要件》和本法院的《程序和证据规则》；

其次，视情况适用可予适用的条约及国际法原则和规则，包括武装冲突国际法规确定的原则；

无法适用上述法律时，适用本法院从世界各法系的国内法，包括适当时从通常对该犯罪行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则，但这些原则不得违反本规约、国际法和国际承认的规范和标准。

2. 本法院可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。

3. 依照本条适用和解释法律，必须符合国际承认的人权，而且不得根据第 7 条第 3 款所界定的性别、年龄、种族、肤色、语言、宗教或信仰、政见或其他见解、民族本源、族裔、社会出身、财富、出生或其他身份等作出任何不利区别。

对比上述两个规约的规定，至少有以下不同：

第一，《国际刑事法院规约》区分并强调了适用法律的次序。《国际法院规约》虽然也将条约列在第一位，但并不表明应首先适用条约。

第二，《国际刑事法院规约》明确了"一般法律原则"的含义以及适用一般法律原则的限制。

第三，《国际刑事法院规约》所适用的法律包括"缔约国大会通过的特定规则"。

第四，《国际法院规约》第 59 条规定，法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。而《国际刑事法院规约》则肯定了法院可以适用其以前裁判所阐释的法律原则和规则。

第五，《国际刑事法院规约》强调适用法律"必须符合国际承认的人权"。《国际刑事法院规约》强调适用法律的明确性，强调对强行法规则的遵守。这也反映了国际刑法规则的特点。

因此，国际法的渊源有国际条约、国际习惯、一般法律原则以及国际组织决议。不同的国际司法机关在适用不同的国际法渊源规则时，根据本机关的特点对渊源进行排序处理。

二、国际条约

国际条约是具有缔约能力的国际法主体间以国际法为准而缔结的确立其相互权利、义务的国际书面协议。“条约必须遵守”是国际法的基本原则。在现代国际社会，国际条约逐渐成为国际法的主要渊源。1945年《联合国宪章》在提到尊重国际法渊源所规定的义务时，也突出了国际条约的地位。对于国际法的某些新领域来说，例如就国际刑法而言，条约不仅是主要渊源，还是首要渊源。

按缔约方的数目分类，可将条约分为双边条约和多边条约。按条约的法律性质分类，条约可分为造法性条约和契约性条约。造法性条约一般指创立、修改缔约方必须遵守的国际法律规则的开放性、多边性条约。契约性条约一般指规定缔约方具体权利、义务的双边条约。自联合国成立以来的国际法的发展中，许多重要的国际法原则和规则都是通过多边性的造法性条约确立的。第二次世界大战以后建立国际新秩序的基本原则和法律措施就是通过《联合国宪章》这个普遍性的国际公约所确立的。[①] 集国际刑法原则之大成的1998年《国际刑事法院规约》也是开放性、多边性的国际条约。

但是，双边性或契约性条约也可以成为国际法渊源，因为它们也可以规定国际法规则。从某种意义上说，国际条约都是在一定范围内的“国际社会”适用。双边条约适用于缔约双方形成的较小范围的“国际社会”，多边国际条约适用于缔约多方形成的较大范围的“国际社会”，大多数甚至几乎所有国家参加的全球性、普遍性国际公约适用于整个国际社会。

有学者指出，同一条约通常包含契约性和造法性两种因素，在实践中很难严格区分。还有学者认为，所有的条约实际上都是在确立规则，或是一般性规则，或是个别性规则。从这个意义上讲，所有的条约都具有“造法性”[②]。《国际法院规约》第38条规定“不论普通或特别国际协约”的中文用语，并没有排除双边

---

① 1949年《国家权利义务宣言草案》肯定了这样一个事实：在1945年至1949年短短的几年间，世界上大多数国家已遵照联合国宪章建立国际新秩序。该宣言草案提出了“国际新秩序”概念，而这个新秩序是世界上大多数国家遵照联合国宪章建立的（a new international order under the Charter of the United Nations)。

② 有的学者称之为“立法性”。参见李浩培：《条约法概论》，33～35页，北京，法律出版社，1987。

条约。1998年《国际刑事法院规约》规定“视情况适用可予适用的条约”，根据其“条约”的用语可以解释为适用的法律包括双边条约在内的所有条约。

三、国际习惯

国际习惯（international custom）是国际法的又一主要渊源。从历史的发展来看，国际习惯曾经是国际法最重要的渊源，许多重要的国际法规范都起源于国际习惯。例如关于外交代表的规则，关于公海的规则，关于战争法和惩治海盗罪的一些规则，最初都是以国际习惯的形式发展起来的。

《国际法院规约》界定的国际习惯是各国在其实践中通过重复类似的行为而形成的具有法律拘束力的行为规则。但在国际实践中，除国家的行为可以形成国际习惯外，国际组织的行为也可以形成国际习惯。[①] 一般认为，国际习惯必须具备两个要件：（1）物质要件，即必须有“通例”（general practice）的存在。通例是指各国重复的类似行为，即长期的实践，反复的采用。通例形成的阶段也可以看做是国际习惯形成的第一阶段。一般认为，通例的存在需要从以下方面考量：时间上的连续适用、空间上的普遍适用、数量上的多次不断重复和方式上的对同类问题采取一致的做法。（2）心理要件，即法律确信（opinio juris）。即存在的通例已被各国接受为法律。通例被各国接受为法律的这一阶段可以看做是国际习惯形成的第二个阶段。在这个阶段，具有法律义务的通例已形成为具有法律约束力的习惯。国际法院在“北海大陆架案”中指出：不仅行为必须表示为一致的通例；更须证明此种通例是一种法律规则而必须遵守的信念：当事国必须有一种履行法律义务的感觉，而非仅单纯出于礼让或传统的考虑。[②]

国际习惯与条约不同，如果说条约是国际社会以明示协议的方式确立国际法规则，那么国际习惯则是以默示协议的方式确立国际法规则。由于国际习惯是以国家的行为，而不是以法律文本的形式来表述国际法的原则、规则和制度，所以通常称之为“不成文法”。但是，国家的行为往往又是通过各种法律文件表现出来的，因此，为了查明一个国际法的习惯规则，就需要从各种文件中寻找证据。这些法律文件包括：国家及国际组织间的外交文件，国际机构及国际会议的各种法律文件，国家的立法、司法和行政的相关文件，国际和国内司法机关的判决等资料。

---

① 近年来，联合国对其机关适用联合国宪章所形成的惯例进行了较为系统的编纂。

② See *I. C. J. Reports*, 1969, p. 42. 国际法院在尼加拉瓜诉美国案中重申了上述观点。See *I. C. J. Reports*, 1986, p. 14.

国际社会的实践表明，虽然国际条约在现代国际法中具有越来越重要的作用，但是国际习惯法仍然是国际法的重要渊源。国际社会除了通过国际条约确立国际法原则和规则外，仍然通过国际习惯的方式确立国际法原则和规则。一般来说，条约仅对当事方有约束力，即使是全球性的多边条约，也对非缔约方没有约束力。但条约的规则可以在实践中发展成为国际习惯法，从而构成约束所有国家的行为规范。一方面，国际社会以条约的方式编纂国际习惯，使国际习惯的规则更加明确化；另一方面，条约由于为越来越多的成员方所接受逐渐演变成对国际社会具有普遍约束力的国际习惯法规则。在国际条约和国际习惯的交互影响中，国际法的原则、规则和制度不断发展和完善。

四、一般法律原则

一般法律原则在国际法的渊源中，是争论颇多的一个问题。

首先是关于一般法律原则的含义。由于《国际法院规约》第38条没有明确规定，因而学者们提出了各种不同的解释，较有代表性的有三种：一是认为一般法律原则是一般国际法原则；二是认为一般法律原则是“一般法律意识”所产生的原则；三是认为一般法律原则是各国法律体系所共有的原则。根据《国际刑事法院规约》有关适用一般法律原则的规定，第三种解释较为合理。因为一般国际法原则应表现于条约或国际习惯中，而从当时《常设国际法院规约》的起草者对“一般法律原则”的讨论中可以看出规约所强调的是“为文明各国所承认”，而“一般法律意识”是一个比较抽象的概念，不利于法官确定具体适用的原则。由于各国发展不平衡，可能会出现这种情况：在某一法系中或某些国家中适用的某些原则可能在另一法系或另一国家中从来没有适用过。也就是说，各法系或各国所适用的一般法律原则并不是完全一样的。因此，《国际刑事法院规约》在规定法院应适用从世界各法系的国内法得出的一般法律原则时，特别指出：“包括适当时从通常对该犯罪行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则。”根据《国际刑事法院规约》的规定，作为国际法渊源的一般法律原则可理解为世界各法系的国内法中通行的一般法律原则。

关于一般法律原则能否作为国际法的渊源，答案是肯定的。因为《国际法院规约》之所以将一般法律原则列为国际法院在裁判案件时所适用的法律，这表明了该规约的缔约国明确承认仅靠国际条约和国际习惯来审判案件是不够的，因为可能存在着既没有条约又没有习惯可循的“空白”状态，这时就需要一般法律原则来弥补，尽管这种情况不是很多，但在实践中国际法院的确碰到过这种情况，



在有关案件中也曾适用过一般法律原则。

有人认为，《国际法院规约》第 38 条明文规定，一般法律原则是“文明各国所承认者”，文明各国的承认即国际社会的承认通常通过国际条约或国际习惯来承认，那么，一般法律原则就已融入国际条约或国际习惯中，不能成为一种独立的渊源。实际上，国际社会的承认并非国际习惯和国际条约这两种主要方式。除此之外，国际社会确立某些规则还有其他的途径，因为条约通常有固定的格式而且要经过必要的程序，习惯则要有一个形成的过程。

由于《常设国际法院规约》的缔约国明确承认一般法律原则应在审理案件中适用，并用条约的形式肯定下来，其后的有关法律文件和国际实践不断予以肯定和发展，使之成为了一项原则。《国际法院规约》第 38 条有关一般法律原则的规定沿用了《常设国际法院规约》的相同规定。1998 年《国际刑事法院规约》继承和发展了上述有关一般法律原则的规定，充分说明了一般法律原则可以作为国际刑法的渊源。但能成为国际法渊源的一般法律原则必须符合国际法的基本原则。与国际条约和国际习惯相比，一般法律原则只是补充渊源，是在没有条约和习惯的情况下所适用的法律。

五、国际组织的决定和决议

这里所说的国际组织的决定和决议是指政府间国际组织的决定和决议。根据 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》的解释，国际组织的决定和决议是指按照国际组织的组成文书通过的决定和决议。《国际法院规约》第 38 条没有提到国际组织的决定和决议。但是，随着国际组织在国际事务中发挥越来越大的作用，一些国际组织的决定和决议也对国际法原则和规则的确立和发展产生了重要影响，这促使人们考虑国际组织的决定和决议是否也可以作为国际法原则的渊源。

国际组织的决定和决议对国际法的原则、规则和制度产生重要影响的事实包括：

第一，1946 年联合国大会通过《确认纽伦堡法庭宪章所承认的国际法原则的决议》，1974 年联合国大会通过的《关于侵略定义的决议》。虽然这些联合国大会决议一般不具有法律拘束力，但其构成相关领域的国际习惯法规则的重要证据，对其他有法律约束力的法律文件具有重要甚至权威的解释价值。

第二，1993 年联合国安理会通过附有《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》的第 827 号决议，决定成立前南斯拉夫国际刑事法庭。1994 年联合国安理会通过附有《卢旺达国际刑事法庭规约》的第 955 号决议，成立卢旺达国际刑事法庭。

上述决议来自《联合国宪章》的授权。有关成立国际法庭的上述决议以及作为附件的国际刑事法庭规约对成员国具有法律约束力。①

第三，欧洲共同体理事会于1991年通过《防止使用金融系统洗钱的指令》，该指令对成员国具有法律约束力。根据该指令的规定，各成员国应使其遵守该指令的法律、法规以及行政决定在1993年1月1日前生效。②

第四，1998年《国际刑事法院规约》第51条规定，《程序和证据规则》在缔约国大会成员以2/3多数通过生效。根据《国际刑事法院规约》第21条的规定，由缔约国大会通过的《程序和证据规则》具有法律约束力，国际刑事法院作为法律予以适用。

上述情况表明，国际社会或利用"国际组织决议"这种形式直接形成有法律约束力的法律文件，或利用"国际组织决议"作为其他具有法律约束力的规则的证据和解释资料。现在国际社会的国际组织的情况千差万别，各种国际组织甚至同一组织内部的不同机构的决议在国际法渊源中的地位也各不相同。例如联合国大会的决议不同于安理会的决议，欧洲联盟的决议不同于东南亚国家联盟的决议。因此，尽管可以说国际组织的决议也可作为国际法的渊源，但具体到某一特定的国际组织的决议能否作为国际法的渊源以及渊源的性质，不可一概而论，要看该组织的组织章程和实践对该组织决议的定位。从目前来看，国际组织的决议作为独立的国际法的渊源，仅是局限在一定范围内。国际法的原则、规则主要还是通过国际条约和国际习惯形成的。但国际组织的决议对于其他渊源，例如对于国际习惯法的形成，对于国际条约的缔结和实施，发挥越来越大的作用。因此，国际组织决议作为确立国际法原则、规则和制度的渊源和辅助性资料，越来越受到国际社会的重视。

六、国际司法判例

《国际法院规约》第38条指出，在第59条规定之下，司法判例可以作为确定法律原则之补助资料者。《国际法院规约》第59条明确规定，法院之裁判对于当事国及本案外，无拘束力。也就是说，国际法院没有采取在一些普通法系国家国内法所适用的"判例法"原则。因此，国际法院的判决不能作为法律适用于以

---

① See M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, New York, 1997, pp. 199-264.

② 有关1991年欧洲理事会防止使用金融系统洗钱指令的分析，参见邵沙平：《跨国洗钱的法律控制》，120～136页，武汉，武汉大学出版社，1998。

后的裁判，国际法院判决不是严格意义上的国际法渊源，但可以作为确定国际法原则、规则的辅助性资料。

国际实践证明，国际法院的判决对国际法的理论和实践的发展有着极其重要的影响。在国际上有重要影响的国际法著作均引用了大量的国际法院的案例来说明国际法原则、规则和制度的内容和发展。国际法委员会在其编纂国际法草案的过程中，其重要方式就是通过考察相关的国际法院判例来确定所编纂的国际法原则、规则和制度的内容。以国际法委员会于 2001 年通过的《国家对国际不法行为的责任条款草案》为例，国际法委员会将国际司法机构的判决作为重要依据来决定国家责任相关条款的实质内容。①

1998 年《国际刑事法院规约》第 21 条规定：本法院可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。国际刑事法院不是笼统地提到司法判例而是限定于司法判例中“所阐释的法律原则和规则”。因此，这是否意味着国际刑事法院承认“判例法”原则，还有待法院的实践发展予以说明。

七、权威公法学家学说

权威公法学家学说属私人见解，本身并无法律约束力。历史上，权威公法学家的学说对国际法的形成与发展产生过重要影响。随着国际法治的不断完善，国际条约日益增多，权威公法学家学说的作用有所降低。但是，权威公法学家学说在确定和发展国际法规则方面，仍然具有不可轻视的价值。国际司法机构在解决国际争端时经常援引权威公法学家的学说。因此，权威公法学家学说是确定法律原则的辅助资料。

第三节 国际法的编纂

一、概述

国际法的编纂又称国际法的法典化，即将国际法的规则以类似法典的形式使

① See *General Assembly Official Records*, Fifty-sixth session supplement No. 10 (A/56/10).

之明确化和系统化。通过国际会议和国际组织以国际公约的方式进行国际法的编纂，既是现代国际法发展的重要方式，又是现代国际法发展的重要趋势。

国际法的编纂，从严格意义上讲，是指对现有的国际法原则、规则和制度的明确化和系统化。《联合国国际法委员会章程》指出，国际法的编纂是指“在已经存在广泛的国家实践、先例和学说的领域内，对国际法规则进行更精确的制定和系统化”。从广义上讲，国际法的编纂还包括对正在形成中的国际法原则、规则和制度的明确化和系统化，即国际法的逐渐发展。按照《联合国国际法委员会章程》的界定，国际法的逐渐发展是指“就国际尚未订立规章或各国惯例尚未充分发展成法律的各项主题，拟定公约草案”①。但在实践中，国际法的编纂和逐渐发展具有非常紧密的联系。在作为编纂成果的国际公约中，上述两种意义的编纂往往交互出现，相互交织。

国际法的法典化还可分为全面法典化和分类法典化。所谓全面法典化，是指把整个国际法编纂为法典，把所有的国际法原则、规则、制度纳入法典之中。所谓分类法典化，是指将适用于某类领域的国际法原则、规则和制度编入法典之中。全面法典化是国际社会的努力目标，但实行起来十分困难。从国际法编纂的实践来看，国际法的编纂工作主要是在分类法典化方面。

国际法的编纂还可以分为民间的编纂和政府间的编纂。18 世纪末，英国著名法学家边沁首先倡导对国际法进行编纂。后来，一些国际法学者和学术团体开始进行这种学术性的编纂活动。尽管这些学术团体的编纂属于民间的性质，不具有法律约束力，但对国际法的发展仍产生了重要影响。

从 19 世纪开始，一些重要的国际会议开始了政府间的国际法编纂活动。特别是 1899 年和 1907 年的两次海牙和平会议，分别制定了关于和平解决国际争端和战争法规的一系列公约和决议，例如 1899 年《和平解决国际争端公约》、1899 年和 1907 年《陆战法规和惯例公约》，推进了和平解决国际争端法和战争法的形成和发展。

国际联盟成立后，国际法的编纂被提到重要的议事日程，并产生了重要的编纂成果。经过多方面的准备，国际联盟于 1930 年召开了海牙国际法编纂会议，就国籍、领海、国家责任等三项主题展开讨论。会议最后通过了《关于国籍法冲突的若干问题的公约》以及三项有关的议定书。尽管会议没有完全达到预想的效果，但作为历史上第一次由国际组织主持的专门的国际法编纂会议，1930 年海牙会议在国际法编纂的历史上具有重要意义。

---

① 《联合国国际法委员会章程》第 15 条。

此外，国际联盟还推动了其他国际法规则的编纂，例如1929年《关于改善战地武装部队伤病员待遇的日内瓦公约》、《关于战俘待遇的日内瓦公约》等国际公约的制定。

二、联合国与国际法的编纂

联合国成立后，国际法的编纂进入了新的发展时期。《联合国宪章》第13条规定："大会应发动研究，并作成建议：……提倡国际法之逐渐发展与编纂。"为此，联合国大会通过决议，决定成立"国际法委员会"作为联合国负责编纂工作的主要机构。

联合国国际法委员会是根据1947年联合国大会通过的《联合国国际法委员会章程》成立的。国际法委员会最初由15名委员组成，现有委员34名，委员任期5年，连选连任。委员应为公认合格的国际法人士，能代表世界各主要文化体系和主要法系。委员人选由联合国各会员国政府提名，经联合国大会选举产生。

根据《联合国宪章》第13条的精神和《联合国国际法委员会章程》第15条的规定，国际法委员会的主要职能包括：第一，国际法的逐渐发展；第二，国际法的编纂。《联合国国际法委员会章程》对国际法的"逐渐发展"和"编纂"规定了不同的程序和工作方式。但委员会在实践中将两者结合起来，采用了基本相同的工作程序：由委员会和联合国大会确定需要编纂的项目；指定特别报告员负责研究并提出报告；委员会在报告的基础上草拟公约草案，然后提交联合国大会讨论通过。通常，国际法委员会工作的结果，是向联合国大会提出报告、作出建议。如果联合国大会召开国际会议，通过了国际公约，某一项目的编纂工作就算完成了。

国际法委员会编纂工作的一个重要特点在于：委员会应将草拟的条款草案直接分发各国政府并提交联合国大会第六委员会（法律委员会）征求意见，并在考虑上述意见的基础上形成最后的草案。通过国际法委员会的制度性的编纂工作，并将各国政府的意志和国际法专家的研究结合起来，不仅有助于编纂取得成果，也促进了国际法的编纂从无序向有序发展。自1949年以来，在国际法委员会拟定的公约草案基础上通过了包括1958年日内瓦海洋法四公约，1961年和1963年维也纳外交、领事关系公约，1969年《维也纳条约法公约》和1997年《国际水道非航行使用法公约》等重要国际公约。

除国际法委员会外，联合国大会第六委员会（法律委员会）以及各特设委员会在国际法的编纂方面也发挥了重要作用。如联合国大会在1994年通过决议，

设立了“建立国际刑事法院问题特设委员会”。在审议了特设委员会的报告后，联合国大会在1995年又设立了“建立国际刑事法院问题筹备委员会”，负责拟订一份能够得到广泛接受的国际刑事法院规约综合案文草案，提交给将要举行的外交会议。委员会完成的最后规约草案在1998年罗马外交会议上获得通过。

目前，国际法委员会正在讨论的议题有：跨界损害所造成的损害后果的国际责任、国际组织的责任、对条约的保留、武装冲突对条约的影响、引渡或起诉的义务等。

第四节　国际法的主体

一、概述

国际法的主体，即国际法律关系的主体，一般是指独立参加国际关系并依国际法直接享受权利和承担义务的行为者。

国际法主体具有以下三个基本特征：

第一，国际法主体是国际法律关系的独立参加者。国际法主体必须具有独立参加国际法律关系的资格。这种资格是一种权利能力。所谓独立地参加国际关系，是指以自己的名义参加国际关系，自己与其他国际法主体的关系可以构成国际法律关系的内容。国际法是调整国际关系的法律，如果不具有独立参加国际关系的资格，也就不可能直接承受国际法上权利和义务。

第二，国际法主体是国际法权利、义务的直接承担者。法律关系的主体，一般是指在法律关系中依法享受权利和承担义务者。作为国际法律关系的主体，其特性在于：在国际法律关系中依国际法享受权利和承担义务。

第三，国际法主体既是国际法权利、义务的承担者，又是参与国际事务的行为者。与国内法律关系的主体不同，国际法律关系的主体必须是行为者，即以自己的行为参与国际事务。

而某一行为者是否具有国际法主体的资格，往往取决于国际社会的发展和需要。国际法主体的性质和范围不是一成不变的。在我国法学界，一般认为，国际法主体包括国家、国际组织和争取独立的民族。争议较大的问题主要是对个人主体资格的看法。



二、国家是国际法的基本主体

国家曾经是国际法的唯一主体，随着国际关系的发展，国际社会对国际法其他主体的认可，国家成为国际法的基本主体。与国际法的其他主体相比，具有主权这一特性是其他主体无法比拟的基本特性。国家作为国际法的基本主体主要取决于以下因素：

第一，国家具有主权，可以自主参与和发展各类国际法律关系。国际法是以国际关系为调整对象的法律。在当今国际社会中，国际关系种类繁多，但主要可以分为国家间的国际关系（双边和多边），国家和国际组织间的国际关系，国际组织间的国际关系。在上述各类国际关系中，个人由于受国家管辖，在国际关系中的位置是有限的，国际组织在国际关系中的职能是以各成员国的授权为基础的。唯有国家参与国际关系是以主权为基础。国家由于具有主权，可以自主参与和发展各类国际关系，较之其他国际法主体，具有无法比拟的更广阔空间和范围。

第二，国家是国际法规范的基本对象。在国际法所调整的各类国际关系中，以国家主权为基础的国际关系一直是最基本的国际关系，国家是各类国际法律关系中国际法所规范的基本对象，规范各国在国际法律关系中的权力、权利、义务和责任是国际法规范的主要内容。

第三，国家既是制定和发展国际法的基本主体，又是遵守和实施国际法的基本主体。

可以这样说，在当今的国际社会，如果没有国家这个国际法的基本主体，也就不会有国际法。无论是国际法规范的形成和发展，还是国际法规范的遵守和实施，国家都发挥着其他国际法主体不可替代的独特作用。

三、国际组织是国际法的重要主体

国际组织的国际法主体资格，是随着国际组织的发展逐渐得到确认的。[①]《联合国宪章》第 104 条明确规定，本组织于每一会员国之领土内，应享受与执行职务及达成宗旨所必需之法律行为能力。在 1949 年“关于为联合国服务而受损害的赔偿案件”中，国际法院明确指出，联合国具有国际法律人格，是国际法

① 这里的国际组织是指政府间国际组织。

主体。

20世纪曾被人们称为“国际组织的世纪”，进入21世纪后，国际组织在国际社会中进一步发挥重要作用。在国际法领域，国际组织已逐渐成为国际社会在“维持国际和平及安全”、“促成全球人民经济及社会之进展”[①] 方面进行合作的一种重要的组织形式和法律形式。

国际组织作为国际法的重要主体，主要取决于以下因素：

第一，国际组织是各国进行国际合作的重要法律形式。国际组织是适应国家之间合作的产物。各国从传统的国家间的双边合作发展为地区间的以及全球性的国际组织合作。这是因为仅靠单一国家以及少数国家的分散合作难以有效维持国际和平及安全，也难以有效促成全球人民经济及社会之进展。因此，各主权国家通过条约建立了各类国际组织，授权国际组织执行其职务及达成其宗旨所必需的职权。

第二，国际组织是国际法规范的重要对象。在国际法所调整的国际关系中，涉及国际组织的既有国家与国际组织的关系，也有国际组织与国际组织的关系，还有国际组织与个人的关系。此外，国际组织内部的各机构之间的关系以及国际组织在按照组织章程的活动中所形成的惯例也成为国际法律关系的重要内容。

第三，国际组织既是参与制定和发展国际法的重要主体，又是遵守和实施国际法的重要主体。从国际法的各类渊源来看，国际组织均可以发挥重要作用。特别是联合国建立以来，联合国的各主要机关，对于国际法的确立和遵守，具有愈来愈重要的作用。

与国家相比，国际组织的国际法主体是有限的、派生的。因为国际组织只是各国为了在某一领域进行合作而建立的法律形式。它不是国家，其权利能力和行为能力是成员国通过协议赋予的，其活动限于组织章程规定的范围。

四、争取独立的民族是国际法的主体

争取独立的民族的国际法主体资格，是随着20世纪民族解放和独立运动的发展而逐步得到承认的。第一次世界大战期间，捷克斯洛伐克和波兰人民为争取民族独立，在巴黎成立了民族委员会，先后获得了英、法等国的承认，并作为协约国的同盟者参加了巴黎和会。第二次世界大战后，争取独立的民族的国际法主

---

① 《联合国宪章》的用语。

体资格得到了更多的国家承认。

民族自决原则是争取独立的民族具有国际法主体资格的法律基础。《联合国宪章》第1条第2款明确规定，发展国际间以"尊重人民平等权利及自决原则"为根据之友好关系，并采取其他适当办法，以增强普遍和平。1970年《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》将"各民族平等及自决原则"列为国际法基本原则。随着"民族自决原则"成为国际法基本原则，不仅是争取独立的民族的国际法主体资格这一问题得到解决，而且还促进了争取独立的民族建立独立国家的进程。因为按照民族自决原则的要求，每一国均有义务遵照宪章规定尊重各民族平等及自决权利。每一国均有义务依照宪章规定，以共同及个别行动，促进各民族享有平等权利及自决权原则之实现。

尽管争取独立的民族具有国际法主体资格，但由于其实际能力的局限，例如争取独立的民族未能在全国范围实现有效统治，行使管辖权的范围就受到一定限制。这些状况直接限制了其实际享受国际法上的权利和义务。由于争取独立的民族的最终目标是建立独立的民族国家，从这种意义上说，争取独立的民族是一种过渡性的国际法主体。

五、关于个人的国际法主体资格

关于个人是否具有国际法主体资格的问题，我国法学界一直存在争论。认为个人不具有国际法主体的理由，主要是基于国际法主要是国家之间的法律，个人处于所属国家的管辖之下，不具有独立参与国际关系的能力，不具有直接承受国际法上权利和义务的能力。针对国际法有关惩处个人国际犯罪行为的规定，有的学者认为这表明个人是国际法客体。

随着越来越多的国际公约明确规定个人的权利和义务，我国学者也逐渐接受个人在国际法的某些领域能够直接承受国际法的权利和义务，具有国际法主体资格。例如李浩培教授曾指出，个人是国际法的部分主体；个人的部分国际法地位依赖于各主权国家的意志；由于一些主权国家以条约规定个人具有部分国际法主体地位，个人才取得这种地位。[①] 个人具有国际法主体资格的情况特别明显地表现在国际刑法领域。

个人是国际刑法的主体，而不是国际刑法的客体。这是因为国际刑法是以控

① 参见李浩培：《国际法的概念和渊源》，26～27页，贵阳，贵州人民出版社，1994。

制国际犯罪为主要任务的国际法律体系。国际犯罪离不开具体的个人，而现代国际社会控制国际犯罪又必须保障基本人权。因此，国际刑法就必须明确规定个人在国际法律刑事关系中的地位，规定个人的权利、义务和责任。现在许多国际刑法公约都对个人在国际刑事法律关系中的权利和义务予以明确规定。例如《国际刑事法院规约》不仅规定了"个人的刑事责任"，还规定了"被告人的权利"以及"被害人和证人的保护和参与"。个人也曾有过仅被作为法律关系客体对待的时期。例如，在奴隶社会，奴隶被作为"物"，可以买卖。因此，在国家间有关引渡奴隶的条约中，奴隶也不可能有"权利"。这与现在的引渡条约中明确规定个人的权利形成天壤之别。

根据国际刑法公约的规定和国际实践，作为国际刑法主体的个人，不仅指自然人，还包括法人。但总的来说，即使承认个人在国际法的某些领域（例如国际刑法领域）具有国际法主体资格，其范围也是很有限的。

第五节　国际法与国内法的关系

一、国际法与国内法关系的理论

国际法与国内法的关系，是国际法基本理论中的重要问题。在有关国际法与国内法关系的学说中，最具代表性的主要有：一元论、二元论和联系论。

（一）一元论

一元论的思想起源可以追溯到中世纪，它认为国际法与国内法都从属于自然法，是一个法律体系。随着国际社会的发展，一元论逐步演变成两种理论观点：国内法优先说和国际法优先说。[①]

1. 国内法优先说

一元论的国内法优先说认为并主张国际法从属于国内法。19世纪末期一些德国公法学家极力倡导这种理论，其代表人物是耶利内克、佐恩等人。国内法优

---

① 参见邵沙平：《关于国际法与国内法关系的理论》，载韩德培主编：《国际法》，46页，武汉，武汉大学出版社，1992。

先说认为国际法虽是法律，但却是次一级的法律，是从属于国内法的法律。在同一法律体系中，国内法高于国际法。

这种学说认为，国家的意志表现在国内法上。国家的一切活动范围，即使在国际方面，也是依其国内法而定的，所以国际法是国内法派生出来的。国际法的效力来自国内法，只有依靠国内法，国际法才有法律的效力。佐恩、温策尔等人甚至将国际法称为国家“对外的公法”。按照这种理论，既然国际法是从属于国内法的，那么每个国家都可以通过自己的国内法去支配国际法，这样也就取消了国际法的效力，使国际法失去应有的价值。显而易见，这种学说不仅在理论上是片面的，也不符合国际社会国际法和国内法关系的普遍实践。这种学说的兴起有特定的历史背景，在某种程度上是为德国的对外扩展政策服务的。随着 20 世纪第一次世界大战之后国际法的发展，这种学说逐渐衰落。

2. 国际法优先说

一元论的国际法优先说主张国内法从属于国际法。20 世纪第一次世界大战后许多西方学者倡导这种理论，其代表人物有社会连带学派的波利蒂斯、塞尔，规范学派的凯尔森等人。主张国际法优先说的学者在许多理论问题上有明显分歧，对国际法优先国内法的解释也不尽相同。这种学说的基本观点是，在同一法律体系中，国际法的地位高于国内法，国内法从属于国际法，在效力上依靠国际法。按照这种学说的解释，国际法优先意味着国际法律秩序对国内法律秩序的最高命令，意味着在国家的法的金字塔之上站着国际法律秩序，最后追溯到国际法的基本规范。①

这种学说所依据的“基本规范”建立在假设的基础之上，对于其效力从何而来，始终提不出令人信服的论据。国内法从属于国际法的理论，否认了制定国内法的国家主权这一客观事实。按照这种学说，国际法在某种程度上成为“世界法”。

从整体上讲，无论是国内法优先说，还是国际法优先说，一元论对国际法和国内法关系的解释在理论上都是片面的，在现实中也不符合国际法和国内法关系的客观实际。

（二）二元论

二元论主张，国际法和国内法是两种绝对不同的法律体系，完全分离，不相逾越，也无冲突的可能。二元论又被称为国际法与国内法平行说。

---

① See Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 34, Oxford, Clarendon Press, 1979.

二元论主要是19世纪末期发展起来的一种学说，其倡导者首推德国学者特里佩尔和意大利学者安齐洛蒂。特里佩尔所著《国际法与国内法》被认为是最早从理论上阐明二元论的名著。特里佩尔认为，国际法和国内法之所以是两种完全不同的法律体系，是因为两者的法律渊源、所调整的社会关系根本不同。国内法的渊源是国内立法，国际法的渊源是国际习惯与条约。国内法调整的是国家管辖内的个人之间的关系或国家与其国民的关系，国际法调整的是国家相互间的关系。安齐洛蒂认为，国际法和国内法之所以是两个截然不同的法律体系，这是因为两者基于不同的基本原则。国际法是基于“条约必须遵守”的基本原则，国内法则是基于“国家制定的法律必须遵守”的基本原则。两者除了可以互相参考之外，其他毫无关系。因此，二元论又被称为国际法与国内法对立说。[①]

二元论认识到国际法和国内法是两个不同的法律体系，这是二元论的合理之处。但是二元论用静止的观点看待国际法和国内法之间的差异，将其绝对化，忽视并否认国际法和国内法内在的联系。

(三) 联系论

国际法与国内法之间的区别是十分明显的。国际法和国内法都各有其特定的调整对象、特定的主体、特定的形成方式和特定的实施方式，各自形成独立的法律体系，互不从属。因此，从整体上看，国际法与国内法的关系是两个法律体系之间的关系，而不是一个法律体系内部的关系。但是，这两个不同的法律体系不是孤立存在的，而是相互密切联系的。这种认识获得愈来愈多的赞同。我国梁西教授将之概括成“国际法与国内法相互联系论”[②]（以下简称“联系论”）。

国际法与国内法相互联系的内在根据和主要因素可从以下几个方面来考察：

第一，国家是国际法和国内法相互联系的纽带。国家是制定国内法的，同时也是参与制定国际法的。国家的对内政策和对外政策的紧密联系决定了国际法与国内法具有必然的内在联系。一般来说，国家的对外政策必然影响它对国际法的态度和立场，而国家的对内对外政策又总是统一地反映在一个国家的国内法中。

第二，国际社会和国内社会是国际法和国内法相互联系的基础。国际法主要是依存和适用于国际社会的，国内法主要是依存和适用于国内社会的。国际社会和国内社会不是隔绝的，而是相通的；国际法和国内法所调整的国际事项和国内事项是互相影响，互相依存的。早在1923年，常设国际法院在“关于突尼斯和

---

① 参见周鲠生：《国际法》，上册，17～18页，北京，商务印书馆，1981。

② 梁西主编：《国际法》，18～19页。

摩洛哥国籍法令案”发表其咨询意见时指出：“某一问题是否纯属于一个国家的国内管辖事项，主要是一个相对的问题，它取决于国际关系的发展。”

第三，国际法和国内法相互联系是其实现自身职能的需要。从国际法看，在其原则和规则形成和发展的过程中，不断从国内法原则和规则中吸收营养。在国际法实施的过程中，国内法的协调和配合往往是国际法得到有效实施的重要法律保证。例如德国在成为国际刑事法院的成员国后，修改宪法有关条款以有效履行《国际刑事法院规约》规定的义务。①

在国内法发展和实施的过程中，国际法也发挥了积极的作用。在经济全球化和网络国际化的今天，国际法对国内法的影响更加明显。例如 2001 年《控制网络犯罪的欧洲委员会公约》所确立的控制网络犯罪的国际法规则对成员国的国内法有直接影响，促进了相关国家控制网络犯罪的国内法规则的形成和统一。

国际法和国内法的关系是多方面的复杂的关系，“联系论”奠定了深入探讨国际法和国内法关系的基础。国际法和国内法的关系不是一成不变的，其相互联系的形式、内容、范围和程度不仅受到不同时代经济、政治、文化等多种因素的影响，在同一时代的不同法律部门之间国际法和国内法的联系也呈现出多样性和复杂的表现形态。特别是在国际强行法被普遍认可和接受的当今国际社会，与国际强行法相抵触的国内立法将被国际社会视为无效。② 从这种意义上说，国际法在特定领域和范围内是优先于国内法的。国际法和国内法的联系是“多样性和发展不平衡”的联系，国际法和国内法的关系是“多样性和发展不平衡”的关系。

二、国际法在国内法律秩序中的适用

国际法与国内法的关系问题不仅仅是理论问题，而且是各国在现实中必须关注和解决的实际问题。国际法在国内法律秩序中的适用特别关系到以下三方面的问题：(1) 国际法有关在国内法律秩序中适用的规则；(2) 国内法有关国际法在国内法中效力的规定；(3) 国内法院适用国际法规则的实践。

国际法的原则和规则主要表现在国际习惯和国际条约中，国内法又可以分为宪法和一般法律，各国在其国内法中也往往是依据上述分类对国际法和国内法的关系分别予以规定，因此，这里也依据上述分类对国际法在国内的具体实施予以

---

① See Peter Wilkitzki, “The German Law on Co-Operation with ICC”, *International Criminal Law Review* 2, pp. 195-198, 2002.

② 参见万鄂湘、石磊等：《国际条约法》，323 页，武汉，武汉大学出版社，1998。



考察。

(一) 国际习惯法在国内法律秩序中的适用

“国际习惯法是国内法的一部分”很早就成为英美等普通法系国家的法律原则。这一原则在许多大陆法系的国家的宪法中也得到规定。[①] 例如在英国，所有被普遍承认或为英国所接受的国际习惯法规则本身，就是英国法律的一部分。国际习惯法作为英国法的一部分意味着：国际习惯法规则所产生的权利和义务将为英国法院所承认并给予效力，而不需要任何特殊行为将这些规则纳入英国法。这与条约的情况不太一样。一般而言，英国法院不能直接适用条约。主要是因为按照英国宪法，条约的缔结和批准是英王的特权，立法是国会的权力。如果条约可以直接作为法律适用，就破坏了英国宪法对于立法权的规定。

各国在规定国际习惯法是本国法的一部分时，用语并不完全一致，但一般都强调是公认的国际法规则，而不是所有的国际习惯法规则。因为各国对国际习惯法规则的内容和范围的认同不可能完全一致。奥地利1955年《宪法》规定，公认的国际法规则是奥地利法律的组成部分。《德国基本法》第25条规定，一般国际法规则构成联邦法律，而且为联邦领土上居民直接创设权利和义务。

(二) 国际条约在国内法的适用

一个有效的国际条约，其规定在成员国内得到适用，必须得到成员国国内法律秩序的支持，明确其在国内法上的法律地位，使国际条约具有国内法上的效力。有关国际条约在国内具有法律效力并能适用的规定，有的国家在宪法上予以规定，有的国家在宪法以外的其他法律中予以规定。

就国内法规定而言，大致可以分为两类：一类是原则上作出规定，将条约作为国内法的一部分在国内法律秩序中直接予以适用，而不需制定新的国内法。这种方式也称为“并入”(adoption)。另一类是制定新的国内法，赋予条约规则以国内法效力，使条约规则在国内予以适用。这种方式被称为“转化”(transformation)。

英国被认为是采取“转化”程序的典型国家。一般而言，英国所批准的条约，还必须经国会将条约的内容制定为法律，英国法院才能适用条约的规定。但欧洲共同体的法律可以直接适用。有学者认为，这是一种例外和特别的情形。《爱尔兰宪法》第29条规定，条约除由国会决定外不是国内法律的一部分。第15

---

① 参见〔韩〕柳炳华：《国际法》，上卷，211页，北京，中国政法大学出版社，1995。

条规定，只有国会才可以制定法律。因此，条约要在爱尔兰法律中具有法律效力，必须通过立法取得。[①]

美国被认为是采取“并入”程序的国家。美国1787年《宪法》第6条明确规定，在美国权力下缔结的条约，是美国最高法律的一部分。因此，美国法院可以适用条约。有关的国家机关和个人也应遵守条约。[②] 在实践中，美国的司法判例作出了“自动执行的条约”和“非自动执行的条约”的区别。自动执行的条约无须国内立法可以由法院适用，非自动执行的条约必须经过国内立法才能由法院适用。对于非自动执行条约在国内法院的适用而言，美国又是采取“转化”程序的国家。对于荷兰来说，条约在国内执行不需经过“转化”。根据《荷兰宪法》的规定，内容可以约束个人的条约，自公布之日起应具有拘束力。

三、国际法与国内法的冲突

国际法与国内法的冲突，是国际法与国内法关系中较为复杂的一个问题，也是各国在实践中必须面对并加以解决的问题。

（一）处理冲突的国际法规定与国际实践

1. 国际法规则

“条约必须遵守”是公认的国际法原则。这项原则的必然要求是条约的当事国不得援引其国内法作为不履行条约的理由。由于国内法是使条约义务得以有效履行的重要手段，为了保证条约得以遵守，现在许多国际条约明确规定当事国在履行国际义务方面应采取的国内法措施。

2. 国际法院的实践

国际法院在审判案件时应适用国际法规则，这是国际法院必须遵循的基本原则，因此，当国内法与国际法冲突时，国际法院的法官当然应适用国际法规则。1910年海牙常设仲裁法院对“北大西洋渔业案”的裁决指出，每个国家都应诚实履行条约义务。常设国际法院和国际法院在一系列判例中，也一再强调国家应诚实遵守并执行其所承担的条约义务，违反条约义务将引起国际法律

---

① 参见［英］詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，第1卷第1分册，34～38页，北京，中国大百科全书出版社，1995。

② 1963年美国总统在宣示《禁止在大气层、外层空间和地下进行核武器试验条约》的批准和生效的公告中声明，所以美国总统公告和发布该禁止核试验条约，以期自1963年10月10日起，该约的每一条款由美国及其公民和一切受美国管辖的其他人善意遵守。参见李浩培：《条约法概论》，385页。

责任。

(二) 处理冲突的国内法规定与实践

从处理国际习惯法与国内法的冲突来看，各国的规定主要是两类：一类是优先适用国内法，例如英国和美国。另一类是优先适用国际法，例如德国、意大利和希腊。由于国际习惯法的情况比较复杂，更多的国家则是对此问题不作规定。

在处理国际条约与国内法的冲突方面，各国的规定主要可以分为两类：一类是规定国际条约的地位优先于国内法，在冲突时优先适用国际条约。另一类规定国际条约的地位与国内法相等，在冲突时采取后法优于前法的原则，在国际条约与先前的国内法冲突时，适用国际条约；在国际条约与后制定的国内法冲突时，适用后制定的国内法。这里所说的与条约地位相等的国内法，指一般国内法，不包括宪法。采取这种原则立场的国家较多，但具体实施情况并不完全相同。以美国为例，当条约与美国法律冲突时，根据美国最高法院的判决，以后法或者后来的条约优先。

在现代国内法中，明确规定国内法优于国际条约的情况非常少见，而且这样的规定也是不可取的。因为既然国家承担了国际义务，就有责任使国际条约的规定得到遵守，即使是像英国这样的国家，条约不能自动成为英国法的一部分，因而法院有可能执行与条约冲突的国内法，但为了避免这种情况的发生，往往在条约批准以前便先通过执行条约所需的立法，以防止哪怕是暂时违反条约。

在国内法与国际条约发生冲突时，采取后法优于前法的原则存在严重的缺陷。采取后法优于前法这个原则的国家违背了“善意履行条约义务”的国际法基本原则。尽管按照某些国家的法律规定，国际条约是国内法的一部分，但正如菲德罗斯所指出的，一国宪法可以规定的，绝不是国际法的国际效力，而是它在国内的实施。① 这种具有国内法效力的国际法规则所具有的国际法和国内法的双重性，和一国自己制定的国内法所具有的本国法的单一性是有区别的。当一国按照先法优于后法的原则不适用有关的国际条约时，该国际条约在国际法上仍然有效，而该国则可能发生违约的国际责任。如果这种原则通行的话，每个国家都可以通过制定与国际条约相冲突的国内法，使国际条约在国内的实施成为空谈。

在国内法与国际条约冲突时，采取优先适用国际条约的规定是解决冲突较为妥善的办法。按照这种规定，可以保证国家忠实地履行自己的国际义务，有利于加强国家之间和睦友好的关系，减少国家之间的争议。这种规定还有助于培养国

① 参见［奥］菲德罗斯：《国际法》，上卷，李浩培译，147页，北京，商务印书馆，1981。

际法律意识和宣传国际法律文化，建立和发展以人类共同利益为重的新型的国际法律秩序。

四、国际法在中国的适用

我国没有在宪法中列入国际法如何适用及其地位的明文条款，而是依逐案解决原则，由有关法律法规具体规定。

（一）国际惯例

国际惯例在相关法律领域内可以直接适用。如《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第142条第3款规定，中国法律和中国缔结或参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。这成为其他许多相关法律援引的一个标准模式，如《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国专利法》和《中华人民共和国民用航空法》等。这些法律法规都没有解释国际惯例的意义，但它无疑应该包括国际习惯，因为国际习惯是“作为通例之证明而经接受为法律者”。这意味着，国际习惯是我国相关法律领域的组成部分。

（二）国际条约

国际条约在有关法律领域内直接适用。这表现在以下几种情况：

1. 直接适用国际条约。如《中华人民共和国商标法》第17条规定，外国人或者外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国和中国签订的协议或者共同参加的国际条约办理，或者按对等原则办理。这是最多的一类，广泛涉及民事、刑事管辖权、反洗钱、引渡、司法协助、外国判决或仲裁裁决的承认与执行、知识产权、海关、税收与关税、海上运输、渔业、能源以及国防等事项。

2. 国际条约另有规定的，适用国际条约的规定。如《中华人民共和国外交特权与豁免条例》第27条规定，中国缔结或者参加的国际条约另有规定的，按照国际条约的规定办理，但中国声明保留的条款除外。

3. 国际条约与相关国内法有不同规定的，适用国际条约的规定。如《民法通则》第142条第2款规定，中国缔结或参加的国际条约同中国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中国声明保留的条款除外。

4. 国内法没有规定的，适用国际条约。如《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第13条规定，中国在专属经济区和大陆架享有的权利，本法未作规定的，根据国际法和中国其他有关法律、法规行使。

理论上对我国的实践有不同解读。有的认为是并入，有的认为是转化，还有的认为是并入与转化并存。其实，这些观点并未准确反映我国的做法。至关重要的是，国际法在中国现阶段的适用必须"以法律为准绳"，具体问题具体分析。在时机成熟时，在修改宪法中增列接受国际法的条款，是中国法治的要求。

【课堂讨论案例】

1974年，联合国大会通过第3237（XXIX）号决议，邀请巴勒斯坦解放组织（以下简称"巴解组织"）以观察员的身份参加联合国大会的会议和工作，巴解组织遂在联合国总部外设立了办事处。1987年，美国总统签署了1988—1989年度的《对外关系授权法》，其中一部分即为著名的《反恐怖主义法》，该法系特别针对巴解组织，规定在美国管辖范围内设立和维持巴解组织的办事机构为非法。而根据1947年美国与联合国订立的《总部协定》第11条至第13条的规定，美国有义务允许联合国代表团的人员进入和留在美国执行公务。联合国秘书长认为，该法违反了《总部协定》，并认为美国不会完全尊重《总部协定》。这样，《反恐怖主义法》与《总部协定》之间就存在冲突。秘书长认为应该援用《总部协定》第21条的程序来解决这一冲突，美国则认为自己仍然在评估适用该立法会出现的情况，此时就采取争端解决措施是不恰当的。《总部协定》第21条规定如下：联合国和美国关于解释和适用本协定或任何补充协定之争端，如未能由谈判以及其他双方同意的办法解决，应提交由三名仲裁员组成的仲裁庭进行最终仲裁。三名仲裁员中一名由联合国秘书长提名，一名由美国国务卿提名，另一名由秘书长和国务卿共同提名，如双方就第三名仲裁员无法达成一致，则第三名仲裁员由国际法院院长指派。

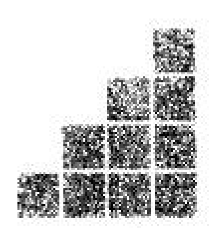
请结合本章内容，思考下列问题：

（1）联合国和美国之间是否存在争端？如果是，那么争端是否是关于《总部协定》的解释和适用的问题？

（2）分析美国不考虑所承担的国际义务，将国内法置于国际协定之上的违法性问题。

（3）美国是否有义务遵守用仲裁解决争端的义务？

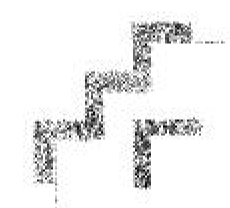




第二章



国际法的基本原则



第一节 概述	一、国际法基本原则的概念 二、国际法基本原则与强行法
第二节 联合国宪章所确立的国际法基本原则	一、《联合国宪章》七项原则 二、联合国宪章原则的内容
第三节 和平共处五项原则是现代国际法的基本原则	一、互相尊重主权和领土完整原则 二、互不侵犯原则 三、互不干涉内政原则 四、平等互利原则 五、和平共处原则



本章概要

国际法基本原则在国际法体系中居于最高地位，构成国际法其他原则、规则和制度的法律基础。联合国宪章原则与和平共处五项原则构成国际法基本原则体系的核心。

关键术语

国际法的基本原则　国际强行法　联合国宪章原则　各国主权平等原则　和平共处五项原则

第一节　概　述

一、国际法基本原则的概念

作为国际法体系中居于最高地位的基本原则是国际法发展到一定历史阶段的产物，是有组织的国际社会的产物。在国际社会的分散阶段，国家之间的交往是非常有限的，调整国家之间关系的规则也不成体系。

近代国际法产生以后，国际社会出现了一些指导国际关系的一般原则，例如国家主权原则、不干涉内政原则、国家平等原则，但这些原则是否已成为国际法的基本原则，是有疑问的。[①] 无论这些原则在国际社会的实际效果如何，国际法一般原则的提出反映出国际社会需要一种更加明确、稳定和有效力的国际规则调整国家之间的关系，仅仅作为反映和纪录国家实践被动产物的国际法规则不能适应变动的国际社会的需要。

1899年和1907年的两次海牙和平会议，提出了和平解决国际争端这一至关重要的国际法原则。非和平方式解决国际争端尽管长期以来属于“国家的自由”，但这种自由对国家的共同利益是有害的，对国际社会的整体利益是有害的。

① 例如有学者认为，资产阶级国家并未真正实行这些原则。

第一次世界大战中诞生的第一个社会主义国家谴责侵略战争是“反人类的莫大罪行”，呼吁给被压迫人民以“自决权”。国际联盟成立对会员国的战争权进行限制，1928年《巴黎非战公约》进一步推进了国际法对国家战争权的限制。

在国际法基本原则的发展历史上具有里程碑意义的是1945年《联合国宪章》。该宪章第一次明确规定了联合国及其会员国应遵守的七项原则。尽管该宪章并没有使用“国际法基本原则”的用语，但国际社会的实践已表明，宪章原则已成为国际法基本原则体系的核心。宪章原则还推动了国际法其他基本原则的发展，其中包括我国提出并倡导的和平共处五项原则。

由于并没有一个国际法律文件对国际法基本原则进行界定，关于基本原则的含义和内容是有争议的。一般来说，国际法基本原则是指：国际社会公认，具有普遍意义，适用于国际法各个领域并构成国际法基础的法律原则。

作为国际法的基本原则，一般应具有以下特点：

1. 国际社会公认。一项原则成为国际法基本原则，必须得到国际社会的公认。国际社会公认并不是指每个国家的承认或接受，而是指多数或大多数国家的认可。这种认可或接受不仅是对某一原则的法律、国际法性质的认可，还必须包括对该原则作为国际法基本原则性质的认可。

2. 具有普遍意义。国际法的基本原则和其他原则的重要区别在于：国际法的基本原则是具有普遍意义的全局性原则，这些原则是对整个国际法体系和规范起指导作用的核心原则。

3. 适用于国际法各个领域。国际法的基本原则是具有普遍约束力的法律原则，国际法的基本原则适用于国际法的全部领域，而国际法的其他原则或者只适用于某些特定领域或空间，或者只针对某些特定的主体。

4. 构成国际法整个体系的法律基础。国际法基本原则在整个国际法体系中，具有最高的法律地位，类似于国内法中的宪法原则，是确立、适用、解释、评价其他国际法原则、规则和制度的基础和标准。一方面，国际法的其他原则、规则和制度应符合国际法基本原则，不符合国际法基本原则的法律规范在现代国际法上缺乏合法性。另一方面，在适用国际法原则、规则和制度时，也不能违反国际法基本原则的精神，不符合国际法基本原则的法律适用在现代国际法上也缺乏合法性。

二、国际法基本原则与强行法

在探讨国际法基本原则的性质时，国际法基本原则与强行法（jus cogens）

的关系也是必须重视的问题。1969年《维也纳条约法公约》第一次正式使用了国际强行法概念。该公约第53条规定："一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。"该条还规定："条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。"该公约第64条进一步规定："遇有新一般国际法强制规律产生时，任何现有条约之与该项规律抵触者即成为无效而终止。"

分析国际法基本原则和强行法的关系，可以看出国际法基本原则与国际强行法既有共同点又有区别。两者的共同点在于：国际法基本原则具有上述条约法公约中所定义的强行法的特点。因此可以说，国际法基本原则属于强行法的范畴，而不属于以某少数国际法主体意志为转移的任意法的范畴。两者的区别在于：强行法规则并不必然包含全局性、普遍性原则的特点。例如，国际刑法中的许多原则都具有强行法的性质，但这些原则并不因为具有强行法的性质就可以成为国际法的基本原则。

第二节　联合国宪章所确立的国际法基本原则

一、《联合国宪章》七项原则

《联合国宪章》不仅在序言和关于联合国的宗旨部分提出了一些国际法原则，并在第2条中系统规定了七项原则。《宪章》第2条明确规定，为求实现第1条所述各宗旨起见，本组织及其会员国应遵行下列原则：

1. 本组织系基于各会员国主权平等之原则。

2. 各会员国应一秉善意，履行其依本宪章所担负之义务，以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。

3. 各会员国应以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义。

4. 各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。

5. 各会员国对于联合国依本宪章规定而采取之行动，应尽力予以协助，联合国对于任何国家正在采取防止或执行行动时，各会员国对该国不得给予协助。

6. 本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则。

7. 本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决；但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用。

由于联合国这个国际组织的性质和宗旨所决定，上述七项原则从一开始起，就不仅仅是国际组织内部的原则，也不仅仅是国际组织法的原则，而是联合国这个负有重大使命和责任的新型国际组织及其会员国在组织内和组织外应遵行的基本原则，反映了建立和发展各国间友好关系及合作之国际法的基本原则。因此，上述原则很快就得到了国际社会的广泛承认。①

1970年联合国大会通过《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则宣言》（以下简称《国际法原则宣言》），在充分肯定联合国宪章宗旨和原则在国际关系中的重要作用的基础上，根据国际社会的实践进一步明确和解释了七项国际法基本原则。该宣言在总结部分还明确指出：上述各项宪章原则构成国际法基本原则，并要求所有国家在其国际关系上遵循此等原则，并以严格遵守此等原则为发展其彼此关系之基础。而且，各项原则之间具有内在的联系，每一原则在解释与实施上互相关联，每一原则应参酌其他各原则解释。

国际实践证明，宪章所体现的国际法基本原则并不限于上述七项原则。但上述七项原则构成宪章所体现的国际法基本原则的核心内容。

二、联合国宪章原则的内容

（一）各国主权平等原则

联合国宪章将此项原则规定为联合国及其会员国应遵行的第一项原则。1970年《国际法原则宣言》进一步肯定并重申主权平等依据联合国宪章所具有的基本重要性。该宣言强调：唯有各国享有主权平等并在其国际关系上充分遵从此一原则之要求，联合国之宗旨始克实现。

根据《联合国宪章》和《国际法原则宣言》的规定，各国主权平等原则应包括下述内容：

1. 各国一律享有主权平等。

2. 各国不问经济、社会、政治或其他性质有何不同，均有平等权利与责任，

---

① 参见联合国大会1949年通过的《国家权利和义务宣言草案》的用语。



并为国际社会之平等会员国。

3. 各国主权平等尤其包括下列要素：(1) 各国法律地位平等；(2) 每一国均享有充分主权之固有权利；(3) 每一国均有义务尊重其他国家之人格；(4) 国家之领土完整及政治独立不得侵犯；(5) 每一国均有权利自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度；(6) 每一国均有责任充分并一秉诚意履行其国际义务，并与其他国家和平相处。

尽管各国主权平等是《联合国宪章》所规定的国际法基本原则，但《国际法原则宣言》还是有所发展。宪章是针对会员国所提出的，所以宪章的用语是"各会员国主权平等"。而《国际法原则宣言》使用的用语是"各国主权平等"。《联合国宪章》提出了"主权平等权则"，而1970年《国际法原则宣言》对此原则的内涵和核心内容进行了界定。

(二) 各民族平等及自决原则

这项原则作为宪章所体现的国际法原则最初反映在宪章宣布的宗旨中。按照宪章的规定，发展国际间"以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系"，并采取其他适当方法，以增强普遍和平。1970年《国际法原则宣言》也明确指出该项原则与《联合国宪章》的关系：根据联合国宪章所尊崇之各民族享有平等权利及自决之原则，各民族一律有权自由决定其政治地位，不受外界之干涉，并追求其经济、社会及文化之发展，且每一国均有义务遵照宪章规定尊重此种权利。值得注意的是，在中文文本中，宪章的用语是"人民平等权利及自决原则"，而《国际法原则宣言》的中文用语有时是"人民平等权利及自决原则"，有时是"各民族平等权利及自决权原则"。其实上述不同的中文提法在《联合国宪章》和《国际法原则宣言》的英文文本中是完全相同的下述表达：the principle of equal rights and self-determination of peoples。同样一个英文术语 peoples 在中文文本中赋予"民族"或"人民"两种不同的含义。

根据宪章和《国际法原则宣言》的规定，各民族平等及自决原则应包括下述内容：

1. 各民族一律有权自由决定其政治地位，不受外界之干涉，并追求其经济、社会及文化之发展。

2. 每一国均有义务遵照宪章规定尊重各民族平等及自决权利。

3. 每一国均有义务依照宪章规定，以共同及个别行动，促进各民族享有平等权利及自决权原则之实现。

《国际法原则宣言》还特别指出：一个民族建立自主独立国家，与某一独立

国家自由结合或合并，并采取任何其他政治地位，均属该民族实施自决权之方式。

尽管《联合国宪章》已提出“发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系”，肯定了各民族平等及自决原则在国际关系中的地位，但《国际法原则宣言》明确将该原则确定为“国际法基本原则”，并对其内涵及核心内容进行了界定。国际法院在 1995 年“东帝汶案”（葡萄牙诉澳大利亚）中确认：“自决权利原则……是当代国际法中的一项基本原则。”[①]

民族平等及自决原则或人民平等权利及自决原则是现代国际法中的原则，这一原则对于现代国际法具有重要贡献，其切实适用对于促进国际间以尊重主权平等原则为根据之友好关系，至为重要。正如《国际法原则宣言》所述，深信各民族之受异族奴役、统治与剥削，对于促进国际和平及安全乃一大障碍。而民族平等及自决原则是消除上述障碍的有效工具。

（三）禁止非法使用武力原则

禁止非法使用武力原则是作为宪章七原则中的第四项原则提出来的。《国际法原则宣言》将该原则列为国际法基本原则的第 1 条，反映了这一原则在国际关系中的重要位置。国际法院在尼加拉瓜诉美国的“军事和准军事活动案”中指出：“联合国宪章第 2 条第 4 款所规定的禁止使用武力原则常常在国家代表的声明中被界定为不仅是一项国际习惯法的原则，而且还是国际习惯法的一项基本或核心的原则。”国际法院还进一步指出，国际法委员会在编纂条约法的工作中，曾经表示了这样的观点：宪章关于禁止使用武力的法律本身构成一项国际法规则具有强行法性质的显著例子。[②]

根据宪章和《国际法原则宣言》的规定，禁止非法使用武力原则应包括下述内容：

1. 每一国皆有义务在其国际关系上避免为侵害任何国家领土完整或政治独立之目的或以与联合国宪章宗旨不符之任何方式使用威胁或武力。此种使用威胁或武力构成违反国际法及联合国宪章之行为，永远不应用为解决国际争端之方法。

2. 侵略战争构成危害和平之罪行，在国际法上需负责任。依联合国宪章宗

---

① *East Timor* (*Portugal v. Australia*), *I. C. J. Reports* 1995, para. 29.

② See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), *Merits*, *I. C. J. Reports* 1986, para. 190.

旨与原则，各国皆有义务避免从事侵略战争之宣传。

3. 每一国皆有义务避免使用武力以侵犯他国现有之国际疆界。

4. 每一国皆有义务避免使用武力以侵犯国际界线。

5. 每一国皆有义务避免涉及使用武力之报复行为。

6. 每一国皆有义务避免对阐释各民族享有平等权利与自决原则时所指之民族采取剥夺其自决、自由及独立权利之任何强制行动。

7. 每一国皆有义务避免组织或鼓励组织非正规军或武装团队，包括佣兵在内，侵入他国领土。

8. 每一国皆有义务避免在他国发动、煽动、协助或参加内争或恐怖活动，或默许在其本国境内从事以犯此等行为为目的之有组织活动。

与宪章比较，《国际法原则宣言》在该原则之中增加了“皆有义务”和“避免”的用语。在该原则的具体内容中，《国际法原则宣言》规定了每一国家的八项“避免”义务。因此，不仅是每一国家自己不得在国际关系上使用威胁或武力，而且每一国家有义务避免在国际关系上使用威胁或武力的情况发生。与此同时，该宣言还明确指出，以上各项不得解释为对宪章内关于合法使用武力情形所设规定之范围有何扩大或缩小。

因此，《联合国宪章》和《国际法原则宣言》并没有排除合法使用武力。作为国际法基本原则的禁止使用威胁或武力原则是指：为侵害任何国家领土完整或政治独立之目的或以与联合国宪章宗旨不符之任何方式使用威胁或武力。而《国际法原则宣言》的规定，有助于理解何为侵害任何国家领土完整或政治独立之目的以及何为与联合国宪章宗旨不符之任何方式。

（四）和平解决国际争端原则

《联合国宪章》将“各会员国应以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义”原则列为联合国及其会员国应遵行的第三项原则，《国际法原则宣言》将此原则列为第二项国际法基本原则。这两个法律文件中，《国际法原则宣言》除了将宪章中“各会员国”替换成“各国”外，其用语与宪章完全相同。

根据宪章和《国际法原则宣言》的规定，和平解决国际争端原则应包括下述内容：

1. 每一国应以和平方法解决其与其他国家之国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义。

2. 各国应以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或方法

之利用或其所选择之他种和平方法寻求国际争端之早日公正及公平之解决。

3. 国际争端各当事国及其他国家应避免从事足使情势恶化致危及国际和平与安全之维持之任何行动，并应依照联合国之宗旨与原则而行动。

4. 国际争端应根据主权平等之基础并依照自由选择方法之原则解决之。

根据宪章和《国际法原则宣言》，各国应依宪章以和平方法解决国际争端。和平解决争端原则不仅应以和平方法解决，还应使争端的解决公正、公平。该宣言在强调国际争端应根据主权平等之基础并依照自由选择方法之原则解决的同时，还特别说明，各国对其本国为当事一方之现有或未来争端所自由议定之解决程序，其采用或接受不得视为与主权平等不合。

（五）不干涉任何国家国内管辖事件原则

这一原则来源于国际法上的不干涉内政原则。《联合国宪章》将“不干涉内政”明确为“不干涉国内管辖事件”原则。[①]《国际法原则宣言》进一步将该原则明确为依照宪章不干涉任何国家国内管辖事件之义务原则。该宣言还明确指出，不干涉原则是确保各国彼此和睦相处之一主要条件。任何形式之干涉行为，不但违反宪章规定，还将对国际和平及安全造成威胁。

根据《联合国宪章》和《国际法原则宣言》的规定，不干涉任何国家国内管辖事件原则应包括下述内容：

1. 任何国家或国家集团均无权以任何理由直接或间接干涉任何其他国家之内政或外交事务。

2. 武装干涉及对国家人格或其政治、经济及文化要素之一切其他形式之干预或试图威胁，均系违反国际法。

3. 任何国家均不得使用或鼓励使用经济、政治或任何他种措施强迫另一国家，以取得该国主权权利行使上之屈从，并自该国获取任何种类之利益。

4. 任何国家均不得组织、协助、煽动、资助、鼓励或容许目的在于以暴力推翻另一国政权之颠覆、恐怖或武装活动，或干预另一国之内争。

5. 使用武力剥夺各民族之民族特性构成侵犯其不可移让之权利及不干涉原则之行为。

6. 每一国均有选择其政治、经济、社会及文化制度之不可移让之权利，不受他国任何形式之干预。

《国际法原则宣言》提出了各民族和每一国家所具有的“不可移让之权利”，

---

① 按照1970年《国际法原则宣言》的解释，“国内管辖事件”包括内政或外交事务。

明确指出一切形式的干涉均属于违反国际法，具体规定了国家应承担的不干涉的义务，还对属于不干涉的行为进行了解释与界定。在此基础上，该宣言进一步指出：以上各项规定不得解释为对宪章内关于维持国际和平与安全之有关规定有所影响。因此，联合国按照宪章规定采取国际和平与安全的行动不能认为是违反上述有关不干涉内政原则的规定。

（六）依照宪章进行国际合作原则

国际合作原则作为国际法的基本原则反映在一系列的国际公约及有关的国际文件中。《联合国宪章》将“促成国际合作”明确列为联合国的宗旨，并在第九章对“国际经济及社会合作”予以专章规定以实现这一宗旨。[①]

《国际法原则宣言》明确宣布“各国依照宪章彼此合作之义务”为国际法基本原则，将“国际合作”规定为各国的义务。该宣言明确指出，各国不问在政治、经济及社会制度上有何差异，均有义务在国际关系之各方面进行合作，以期维持国际和平与安全，并增进国际经济安定与进步、各国之一般福利以及不受此种差异所生歧视之国际合作。

为此目的：

（1）各国应与其他国家合作以维持国际和平与安全；

（2）各国应合作促进对于一切人民人权及基本自由之普遍尊重与遵行，并消除一切形式之种族歧视及宗教上一切形式之不容异己；

（3）各国应依照主权平等及不干涉原则处理其在经济、社会、文化、技术及贸易方面之国际关系；

（4）联合国会员国均有义务依照宪章规定采取共同及个别行动与联合国合作。

该宣言进一步指出，各国应在经济、社会及文化方面以及在科学与技术方面并为促进国际文化及教育进步，彼此合作。各国应在促进全世界尤其发展中国家之经济增长方面彼此合作。

（七）诚意履行宪章所负义务原则

诚意履行宪章所负义务原则最早反映在《联合国宪章》规定的下述方面：第

---

① 《联合国宪章》第1条第3款规定，联合国宗旨之一是：“促成国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题，且不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。”

一，宪章序言规定，尊重由条约与国际法其他渊源而起之义务。第二，作为宪章的一项原则，反映在第2条第2款：各会员国应一秉善意，履行其依本宪章所担负之义务，以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。第三，宪章第103条规定，联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章之下义务应居优先。

《国际法原则宣言》将"诚意履行宪章所负义务原则"明确宣布为国际法基本原则，并将宪章上述三方面的规定结合在一起予以规定。根据该宣言的规定，"各国应一秉诚意履行其依宪章所负义务之原则"应包括下述内容：

1. 每一国均有责任一秉诚意履行其依联合国宪章所负之义务。

2. 每一国均有责任一秉诚意履行其依公认之国际法原则与规则所负之义务。

3. 每一国均有责任一秉诚意履行其依公认之国际法原则与规则系属有效之国际协定下所负之义务。

4. 遇依国际协定产生之义务与联合国宪章所规定联合国会员国义务发生抵触时，宪章规定之义务应居优先。

各国应善意履行国际义务是一个传统的国际法原则。诚意履行宪章所负义务原则在传统"善意履行国际义务"原则基础上有了创新性的发展。诚意履行宪章所负义务原则主要在于解决在不同的国际义务发生冲突时各国如何善意履行所负义务的问题。诚意履行宪章所负义务原则的一个创新性内容是将义务进行归类，一方面强调义务的合法性，各国有责任履行的义务应符合公认的国际法原则和规则；另一方面强调宪章义务的优先性。这一原则的确立可以确保宪章义务在国际社会得到更加有效的实施，并促进联合国宗旨的实现。

第三节 和平共处五项原则是现代国际法的基本原则

和平共处五项原则是指：互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处等五项原则组成的国际法基本原则体系。与上述七原则不同，和平共处五项原则是中国对现代国际法的重大贡献。

和平共处五项原则最初出现在1954年4月29日中国和印度《关于中国西藏地方和印度之间通商和交通协定》的序言中。同年6月，中印两国总理发表联合声明，重申上述五项原则，"并且感到在他们与亚洲以及世界其他国家的关系中

也应该适用这些原则”。

和平共处五项原则自1954年首次提出后，很快得到世界许多国家的认同，并反映在一系列多边国际法律文件中，逐渐成为国际法基本原则。[①]

一、互相尊重主权和领土完整原则

尊重国家主权和领土完整是国际法的基本原则。这一原则规定和反映在一系列国际文件中，例如《联合国宪章》的宗旨和原则就强调了互相尊重国家主权原则的核心内容，奠定了这一原则在国际法中的法律地位。

国家主权是国家最重要的属性，是国家固有的权力。一般认为，国家主权是国家具有独立自主地处理其内外事务的权力。因此，独立权是国家主权的一个核心内容。1949年《国家权利义务宣言草案》指出，各国有独立权，因而有权行使一切合法权力，包括其政体之选择，不接受其他国家之命令。值得注意的是，主权不仅是权力，还意味着责任。

由于国家领土是国家构成的基本要素，是国家赖以存在的物质基础，是国家行使主权的空间。因此，尊重国家主权就必须尊重领土完整。《国家权利和义务宣言草案》指出，各国有责不得借战争为施行国家政策的工具，并不得使用威胁或武力，或以与国际秩序相抵触之任何其他方法，侵害他国领土完整或政治独立。

将尊重领土完整与尊重国家主权并列在一项原则中，主要是要强调国家领土完整在尊重国家主权中的重要性。强调国家领土完整在尊重国家主权中的重要性得到了国际社会一系列国际法律文件的认可。例如《国际法原则宣言》在所列的第一项国际法基本原则——“各国在其国际关系上应避免为侵害任何国家领土完整或政治独立之目的或以与联合国宗旨不符之任何其他方式使用威胁或武力之原则”中就专门强调了不得侵害任何国家领土完整。《国际法原则宣言》还在“各国主权平等”这一原则中进一步指出，一国均享有充分主权之固有权利。国家之领土完整及政治独立不得侵犯。

二、互不侵犯原则

互不侵犯原则是从互相尊重国家主权和领土完整原则中引申出来的，是互相尊重国家主权和领土完整原则的应有之义和必然要求。互不侵犯原则的内容在

① 参见1974年联合国大会通过的《经济权利和义务宪章》有关五项原则的规定。

《国际法原则宣言》中有详尽阐释。

根据 1974 年联合国大会通过的《关于侵略定义的决议》的规定，侵略是指一个国家使用武力侵犯另一个国家的主权、领土完整或政治独立，或以与联合国宪章不符的任何其他方式使用武力。而一个国家违反宪章的规定而首先使用武力，就构成侵略行为的显见证据。

三、互不干涉内政原则

互不干涉内政原则与上述“不干涉任何国家国内管辖事件原则”内容基本相同。这里的内政包括一国主权管辖范围内的一切内外事务。

四、平等互利原则

平等互利是在传统的国家平等原则基础上发展起来的一项新原则。这一原则包括平等和互利两个方面。

所谓平等，是指各国的法律地位平等。1949 年《国家权利和义务宣言草案》指出，各国有与他国在法律上平等之权利。所谓互利，是指各国在相互关系中，应兼顾双方的利益。国际实践证明，平等和互利是密不可分的。平等是互利的基础，没有平等，不可能实现互利；而没有互利，也不可能实现真正的平等。

五、和平共处原则

和平共处原则既是五项原则的总称，又是一项单独的原则。不同社会制度的国家和平共处，作为一种思想和政策，最初是由列宁提出来的。《联合国宪章》指出，各国应“彼此以善邻之道，和睦相处”。

和平共处原则的内容应包括：（1）各国不论社会制度如何，应和平共存。（2）一国不因他国社会制度的不同，而对他国使用武力或对他国进行干涉。（3）各国应以和平方式进行国际交往。（4）各国应以和平方法解决国际争端。（5）各国应合作维持国际和平与安全。

将和平共处五项原则与 1970 年《国际法原则宣言》所宣布的七项国际法基本原则进行对比，可以发现：互相尊重主权和领土完整原则与各国主权平等原则的内容基本一致；互不侵犯原则与禁止非法使用武力原则的内容基本一致；互不干涉内政原则与不干涉任何国家国内管辖事件原则的内容基本相同；平等互利原

则的精神反映在各国主权平等和依照宪章进行国际合作原则中；和平共处的精神反映在和平解决国际争端与不干涉任何国家国内管辖事件原则中。因此，和平共处五项原则与《联合国宪章》的宗旨和原则是一致的。不同在于：《国际法原则宣言》是从多边关系和联合国的角度出发，提出建立友好关系及合作之国际法基本原则；而和平共处五项原则最初是从双边关系的角度出发，提出建立友好关系及合作之国际法基本原则。尽管和平共处五项原则中的基本内容在《联合国宪章》的宗旨和原则中可以找到，但和平共处五项原则作为一个原则体系提出，对国际法仍是一个重大的贡献。

由于和平共处五项原则反映了处理国家间关系的根本利益和本质要求，所以世界上许多国家在签订处理相互关系的双边条约时，均明确指出，应按照和平共处五项原则处理相互之间的关系。而国家之间的关系是国际关系的主要内容，处理国家之间关系的基本准则也就当然成为国际法的基本原则。

【课堂讨论案例】

针对南非罗得西亚种族主义政权，联合国安理会自1965年开始通过了一系列决议，要求所有国家不承认这个非法的种族主义政权。国际法院在关于联合国安全理事会提出的“南非不顾安全理事会276（1970）号决议继续留驻纳米比亚对各国有何法律后果?”这一问题的咨询意见中明确指出：（1）南非继续留驻纳米比亚是非法的，南非有义务立即从纳米比亚撤出其行政当局，从而结束它对该领土的占领；（2）联合国会员国有义务承认南非留在纳米比亚是非法的，南非以纳米比亚名义或对纳米比亚所采取的一切行为均属无效，并有义务避免采取任何暗示承认南非当局这种留驻和行政管理为合法的行为，或支持或帮助这种留驻和行政管理的行为，特别是避免与南非政府进行任何这样的交往；（3）非联合国会员国也有责任在上述（2）项的范围内协助联合国关于纳米比亚所采取的行动。

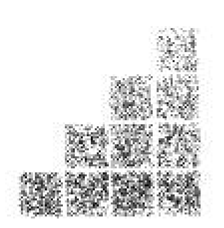
请结合本章内容，思考下列问题：

（1）国际法院的上述咨询意见所依据的国际法基本原则。

（2）国际法基本原则与联合国会员国的义务问题。

（3）国际法基本原则与非联合国会员国的责任问题。





第三章
国际法上的国家



第一节　国家的要素和基本权利
一、国家的构成要素和类型
二、国家的基本权利

第二节　国家豁免
一、概念
二、国家豁免的主体
三、不得援引国家豁免的诉讼
四、国家豁免的放弃

第三节　国家和政府的承认
一、承认的概念和性质
二、国家承认的情势
三、政府承认的情况
四、交战团体和叛乱团体的承认



本章概要

国家是国际法最重要的主体。由于国际关系中不存在超国家的立法机构，也没有凌驾于国家之上的权力，所以，国家在国际法上的主体地位以及与之相关的法律制度，是国际法区别于法律其他学科的一个根本问题，也是理解国际法原则和规则的关键。国际法上的国家，主要是关于国家的要素以及国家类型、国家的基本权利、国家和政府承认及其继承等基本问题。

关键术语

独立权　自卫权　管辖权　国家承认　政府承认　有效统治　不承认原则　国家继承　政府继承　逆条件的承认

第一节 国家的要素和基本权利

一、国家的构成要素和类型

（一）国家的构成要素

在国际法上，国家之所以有别于其他非国家实体，是因为国家具备其他非国家实体所不具备的一些条件。这些条件在传统国际法上主要有四个：（1）固定的居民；（2）确定的领土；（3）政府；（4）主权。如果没有这四个条件，国家就不成其为国家。因此，国际法通常将这些构成国家所必须具备的条件，称为“国家的要素”①。

这些条件从逻辑上比较容易理解。首先，国家是由一定的人组成的，没有定居的人口不构成国家。至于人口多寡、种族民族构成如何，则无关紧要。其次，国家要有一定领土，这是其居民生存和发展的物质基础，也是国家主权活动的空间。当然，国家的领土可大也可小。再次，国家亦不能没有政府，政府是执行国家职能，即对内实行管辖、对外进行国际交往的组织机构。一个无政府状态的社会，自然就不能称为国家。在国际法上，政府代表国家。最后，国家还必须具有主权。主权含有全面独立的意思，表明无论在国内外都是独立的。所以，主权是衡量国家在国际法上的地位，即能否保持其独立于他国并与他国平等交往的标准。没有主权，国家就不能成为国际法上完整意义的国家。

虽然传统国际法在理论上都接受这些关于国家成立的条件，但是由谁来决定这些条件是否得到满足，则还不清楚。

（二）国家的类型

国家有各种各样的类型，每一类型的国家可能又有不同的情况，它们是否都是国际法的主体，并且作为国际法的主体是否完全一致，这需要对各类国家作具体分析。

---

① 1933 年美洲国家间《关于国家权利和义务的蒙得维的亚公约》第 1 条规定，“国家作为国际法人，应具备如下条件：甲、固定的居民；乙、一定的领土；丙、政府；丁、与他国交往的能力”。

1. 单一国与复合国

按照国家结构的形式，国家可分为单一国和复合国。

（1）单一国。

单一国是具有统一主权的国家。国家只有一部宪法，一个最高立法、司法和行政机关，地方政府隶属于中央政府的统一领导，全国国民具有统一的一个国籍，在对外关系上由中央政府代表国家。所以，它作为一个单一的国际法主体出现于国际社会。

中国是一个统一的多民族国家，属于单一国，是一个单一的国际法主体。根据1982年《宪法》第30条的规定，国家设立省和直辖市为普通一级地方行政区域；设立民族区域自治地方，各民族在其聚居地方实行区域自治，它既为民族实行自治的机关，也为一级地方政府（相当于省一级的为自治区）。另外，根据1982年《宪法》第31条的规定，还可以设立特别行政区，它们是中国领土不可分割的组成部分，是享有高度自治权的一级地方行政区域。上述地方行政区域，均受中央政府统一管辖。

中国的特别行政区，是在中国版图内，依《宪法》和其他相关法律的规定所设立的具有特殊法律地位的行政区域。1997年7月1日我国恢复对香港行使主权，1999年12月20日又恢复对澳门行使主权，将来台湾也要回归祖国，与祖国大陆实现统一。因此，根据“一国两制”设立特别行政区，特别行政区享有高度的自治权，除外交和国防事务由中央政府管理外，享有行政管理、立法、司法终审等权力。在对外事务上，特别行政区经中央政府同意或批准，也有一定参与权。由此可见，特别行政区尽管地位特殊，但仍是中国的地方区域，其政府也只是一级地方政府，特别行政区不具有像国家那样的国际法主体资格。

（2）复合国。

复合国是两个或两个以上国家的联合体。现有的复合国主要有两种：联邦和邦联。历史上曾有政合国和君合国，现均已不存在。

联邦是由两个以上的成员邦（国或州）组成的国家，即联邦国家。其基本特征是：1）联邦本身和成员邦都有最高立法、行政和司法机关，各自权限由联邦宪法规定。一般的，管辖内部事务的权力分属于联邦中央政府和各成员邦政府，而对外事务和国际交往以及国防事务则由联邦政府掌握。但个别联邦国家，其宪法规定在一定的条件下，如经中央政府同意或批准，成员邦具有部分对外交往权。2）联邦的人民具有共同国籍，各成员邦的国民同时也是联邦的国民。3）联邦在国际法上是一个主权国家，是国际法主体；其成员邦依联邦宪法可以具有一定的对外交往权，但通常不具有国际人格。

邦联是两个以上的主权国家为维持它们对内对外独立的目的，根据条约组成的国家联合体。邦联设有自己的机关，但与联邦不同，这些机关的权力仅及于各成员国，而对各该国的公民没有任何权力。各成员国是完全的主权国家和独立的国际人格者，而邦联本身不是一个国家，不是国际法主体。1991 年由独立的 11 个苏联共和国组成的独立国家联合体和 1999 年俄罗斯与白俄罗斯组成的国家联盟就是这样的国家联合体。英联邦和法兰西共同体是自成一类的国家联合体，不是邦联，也不是联邦。

国际社会中还出现过一种既不是联邦、也不是邦联的国家，那就是 2003 年成立的塞尔维亚和黑山。根据 2002 年“塞尔维亚和黑山宪章”，南斯拉夫联盟共和国改名为塞尔维亚和黑山。新的联合国家拥有共同的总统、议会、部长会议(政府)、军队、法院以及统一的国旗、国歌和国徽。总统兼任政府总理。两共和国执行共同的国防和外交政策，经济体系、货币政策和海关制度则保持独立。在联合国等重要国际组织中，两共和国保持一个席位。[①] 2006 年，塞尔维亚和黑山各自独立。

2. 独立国与附属国

按照国家享有主权的程度，国家可分为独立国和附属国。

独立国是行使全部主权的国家。从现代国际法的观点来看，所有国家都应是独立国。独立国可以是单一国，也可以是联邦国家。

附属国包括两种类型：附庸国和被保护国。前者指只对内政有自主权，而对外关系则绝对地或者大部分受他国控制的国家。控制国称为“宗主国”，其对附庸国享有的权力称为“宗主权”。后者是指依据条约将本国重要的对外事务交由一个强国处理，使两国之间形成保护与被保护的关系。保护国对被保护国的权力称为“保护权”。这两类从属于他国的附属国，多是由于封建统治残余，或者帝国主义、殖民主义的外部压力所形成的，现今基本上已成为历史的遗迹，仅有极个别的例子存在。例如欧洲的安道尔共和国受西班牙和法国的保护，列支敦士登公国受瑞士保护，摩纳哥受法国保护等。

3. 永久中立国

在国际法上，永久中立国是具有特殊地位的独立国。中立和中立国原是战时国际法上的概念，它指一个国家在其他国家间发生的战争中，不参加任何一方。战时中立是临时的，是在战争中对交战方采取不偏不倚政策的结果，因此是可变化的。永久中立国不同于战时中立国和执行中立政策的国家，它以国际条约或国

---

① 参见《人民日报》，2002-03-20、2003-02-06 和 2003-02-08；《参考消息》，2002-03-16。

际承认为根据，在对外关系上承担了永久中立义务。这些义务包括：（1）除自卫外，不得对他国进行战争，也不得参加其他国家间的战争；（2）不得缔结诸如军事同盟条约、共同防御协定之类的与中立地位抵触的条约，以及不得参加任何军事集团或联盟；（3）不得采取任何可能使它卷人战争的行动或承担这方面的义务，如不得允许外国军队过境或在其境内建立军事基地和组织军队；不得为他国提供准备、发动和进行战争的任何条件；不得接受附有任何政治条件以致损害自己中立地位的援助等。永久中立国承担上述义务，使其主权在与战争有关的国际活动方面受到一定限制，但并不影响其主权地位，因为一是它所放弃的主权有限，二是这种放弃是基于自愿，这本身就是行使主权的表现。

目前世界上的永久中立国有瑞士①、奥地利和土库曼斯坦。②

4. 微型国家

所谓“微型国家”，是指一个地域特别小、居民和人力以及经济资源都特别少、但却作为独立国家出现的实体。从国家主权平等原则上讲，一个实体，不管其地理面积多少或其资源多么有限，只要具备国家地位的标准就是国际法意义上的“国家”。联合国组织的会员国资格就不是以有关国家的大小为条件的。只要符合《联合国宪章》第4条关于成员国资格的规定，就能申请加入联合国组织。所以，尽管一些国家领土面积小、居民少、资源缺乏，如欧洲的卢森堡、美洲的哥斯达黎加等国家，也都是联合国会员国，在联合国组织拥有与其他一般国家一样的权利和义务。所以，微型国家在国际法上仍然是独立的主权国家，是国际法主体。其人力、财力有限不应影响其国际人格以及所应享有的权利，否则与《联合国宪章》所载之会员国主权平等原则及其他有关规定不符。

二、国家的基本权利

国家作为国际社会的基本成员，享有一些权利。由于这些权利是国家根据主权所固有的，又被称为国家的基本权利。对于这些基本权利的具体数目、名称和内容，国家之间并没有一个统一的意见。但一般都认为，国家的基本权利应包括独立权、平等权、自卫权和管辖权。这些权利既是主权所派生的，也是主权内容的具体化和体现。需要强调的是：所有这些权利不是国家之间的条约所产生的，它们是国家作为国际人格者在习惯上享受的权利，也是国家作为国际社会的成员

---

① 2002年9月，瑞士被第57届联合国大会接纳为联合国第190个成员国。

② 土库曼斯坦的永久中立国地位是1995年12月12日第50届联合国大会一致通过决议承认的。

而相互给予承认的权利。

1. 独立权

独立权是国家主权在对外关系上的体现，是国家可以按照自己的意志处理本国事务而不受外来控制和干涉的权利。在现代国际法上，独立权的内容有了新的发展，它不仅指国家的政治独立，还包括国家在经济上的独立，即不受外国剥削和掠夺的权利。

2. 平等权

平等权是指国家在国际法上的地位平等，而不问其大小强弱，也不问其社会制度的性质和发展水平如何。平等权一般表现为：(1) 在国际会议上和国际组织中，每一参加国拥有同等的代表权和投票权。(2) 各国均有权在平等的基础上与他国缔结条约，非缔约国不承担义务。(3) 各国在外交文本上有使用本国文字的权利，缔约时本国语文与别国语文具有同等效力。按照“轮署制”，每个缔约国在其保存的文本上名列首位。(4) 国家在外交礼仪上享受平等的尊荣权。国家元首、国旗、国徽不受侮辱。(5) 国家在外国享有司法豁免权。(6) 各国对于外侨不得以其国籍不同，在法律上特别是人身和财产方面有所歧视。

3. 自卫权

自卫权是国家使用武力反击外来武力攻击的权利。它不同于自保和自助。国家自卫权被明确规定在《联合国宪章》第 51 条。根据该条和国际习惯法，自卫权包含如下要素：(1) 自卫权是国家固有的或自然的权利，可单独或集体行使。(2) 自卫是对武力攻击的反应。[①] (3) 自卫权应在受武力攻击时、安理会采取维持国际和平与安全的必要办法之前行使，且自卫行动应立即报告安理会，并不得影响安理会采取其所认为必要行动的权责。因此，在一定程度上，自卫行动被纳入了联合国集体安全机制之中。[②] (4) 行使自卫权必须遵守必要性和比例性原则。

自卫权是否包括“预先性自卫”、“先发制人的自卫”或“预防性自卫”[③]，理论上存在不同意见。预先性自卫通常指国家在武力攻击实际开始之前对迫近的武力攻击或迫近的武力攻击威胁事先采取的武力行动。2002 年美国《国家安全

---

① 对于国际恐怖主义袭击是否构成武力攻击，在理论上存在不同意见。参见余民才：《“武力攻击”的法律定性》，载《法学评论》，2004 (1)。

② 参见余民才：《自卫权适用的法律问题》，载《法学家》，2003 (3)。

③ 实际上，这几个概念不是同义词。联合国高级别名人小组将预先性自卫视为种概念，将先发制人的自卫和预防性自卫视为属概念，并对后二者予以区分。参见 *Report of the Secretary-General's High-Level Panel on Threats, Challenges and Change: A More Secure World: Our Shared Responsibility*, 2004；联合国秘书长 2005 年报告：《大自由：实现人人共享的发展、安全和人权》，A/59/2005。

战略》首次确立的先发制人比预先性自卫概念走得更远。它不是对迫近的攻击威胁事先使用武力，而是对潜在的或未来的威胁首先使用武力。预先性自卫、先发制人或预防性自卫不是国际法上确定的概念，《联合国宪章》第51条没有提到这些概念。①

4. 管辖权

管辖权就是国家依据国际法，对其领域内的一切人、物和所发生的事件，以及对在其领域外的本国人行使管辖的权利。对其领域内的一切人、物和所发生的事件行使管辖，称为“属地管辖权”；对在其领域外的本国人行使管辖，则为“属人管辖权”。例如，1997年3月修订的《中华人民共和国刑法》第6条第1、3款规定：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。”犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。第7条规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。”

根据国际条约和习惯，国家管辖权的行使具有四种特殊情况：

（1）国家不得对在其领土内的外国国家元首、政府首脑、外交部长及外交代表机关等行使属地管辖权，此即为外交豁免。例如，我国《刑法》第11条规定：“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。”

（2）国家不能对他国的国家行为及财产行使管辖权。此即为主权豁免或外国国家及其财产的司法豁免。

（3）为了保护国家及其公民的重大利益，国家有权对外国人在该国领域之外所犯罪行实行管辖。此即为保护性管辖。例如我国《刑法》第8条规定：“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪……可以适用本法……”

（4）根据国际法的规定，对于某些特定的国际罪行，由于危害国际和平与安全以及全人类的利益，不论犯罪行为发生于何地和罪犯国籍如何，各国均有权对其实行管辖，如战争罪、海盗、贩奴等。此即为普遍性管辖。1987年《中华人民共和国对于其缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》和1997年修订的《刑法》均规定：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内依照我国法律行使

---

① 参见余民才主编：《国际法专论》，77～82页，北京，中信出版社，2003。

管辖权。”这即有关我国行使普遍管辖权的依据。

在上述四种情况中，前两种是对国家行使管辖权的限制，后两种则是对传统国际法上国家管辖权的扩展。

第二节　国家豁免

一、概念

国家豁免又称国家主权豁免、国家管辖豁免或国家的司法豁免。它通常指国家及其财产不受他国管辖的特权。这是一项普遍接受的国际习惯法原则，源自罗马法上“平等者之间无管辖权”的格言。国家主权平等、独立和尊严是国家豁免的基础。这种豁免的一般形式是一国法院不得就对外国国家提起的诉讼行使管辖[①]（除非得到后者同意）和不得对外国国家财产采取强制措施。

国家及其财产豁免是国际法上的一个重大问题。2004年12月2日，联合国大会在国际法委员会多年工作成果的基础上，通过了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。

二、国家豁免的主体

国家是国际法上管辖豁免的当然享有者。国家是由有组织的机关组成的实体，因此，国家作为管辖豁免的主体实际上涉及谁可以代表国家从而成为国家定义的一部分。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2条规定，国家是指：(1) 国家及其政府的各种机关；(2) 有权行使主权权力并以该身份行事的联邦国家的组成单位或国家政治区分单位；(3) 国家机构、部门或其他实体，只要它们有权行使并且实际在行使国家的主权权力；(4) 以国家代表身份行事的国家代表。依此定义，行使国家主权权力的各种机关，经授权行使国家主权权力并以该

---

① 在存在如下情况下，在一国法院中的诉讼应视为对外国国家提起的诉讼，如果该外国：(A) 被指名为该诉讼的当事一方；或 (B) 未被指名为该诉讼的当事一方，但该诉讼实际上企图影响该外国的财产、权利、利益或活动。参见《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第6条。

身份行事或实际行使该权力的国家领土组成单位、国家机构、部门或其他实体，以及国家代表，都享有豁免权。

三、不得援引国家豁免的诉讼

在国家豁免问题上，理论和实践曾有绝对豁免原则与限制豁免或相对豁免原则之分。前者是指不论涉及外国国家的行为或财产的性质如何，一律给予豁免。后者则将国家的行为分为主权行为和非主权行为，主张只有国家的主权行为才享有豁免，而国家的非主权行为不能享有豁免。第二次世界大战后，美英等国家先后放弃绝对豁免原则，转向限制豁免原则。1976 年美国《外国主权豁免法》和 1978 年英国《国家豁免法》予以法律上的确定。这一做法逐渐成为国际趋势，为《联合国国家及其财产管辖豁免公约》所接受。

国家不得援引豁免的诉讼的核心是商业交易。商业交易是指为销售货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易；或任何贷款或其他金融性质之交易的合同，包括涉及任何此类贷款或交易的任何担保义务或补偿义务；或商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易，但不包括雇用人员的合同。确定一项合同或交易是否为商业交易的标准，应主要参考该合同或交易的性质。但如果合同或交易的当事方已达成一致，或者根据法院地国的实践，合同或交易的目的与确定其非商业性质有关，则其目的也应予以考虑。其他不得援引国家豁免的诉讼还有：雇佣合同；人身伤害和财产损害；财产的所有、占有和使用；知识产权和工业产权；参加公司或其他集体机构；国家拥有或经营的船舶；仲裁协定的效果。

四、国家豁免的放弃

国家可通过明示或默示的方式放弃在外国法院的豁免权。明示放弃豁免即国家以国际协定、书面合同或仲裁协议、在法院发表的声明或在特定诉讼中提出的书面函件等方式明示同意外国法院对某一事项或案件行使管辖或采取强制措施。默示放弃豁免即国家通过某种行为表示同意外国法院的管辖。这种形式有：国家本身提起诉讼；国家介入诉讼或采取与案件实体有关的任何其他步骤；国家在对该国的诉讼中提出反诉。作为前两种行为的引申，一国不得就与本诉或介入诉讼提出的诉讼请求相同的法律关系或事实所引起的任何反诉向法院援引管辖豁免。值得强调的是，同意放弃管辖豁免并不构成默示同意采取强制措施。

我国自改革开放以来，经济上处于转型时期，国家及其财产管辖豁免问题涉

及我国的国有企业。“企业的财产属于全民所有”（《全民所有制工业企业法》第2条第2款），“公司中的国有资产所有权属于国家”（1999年《公司法》第4条）。那么，国有企业是否应为国家豁免的主体？国有企业是否应享有豁免权？这是我国在权衡批准《联合国国家及其财产管辖豁免公约》以前，首先得考虑和研究的问题。

第三节 国家和政府的承认

传统国际法并不规范国家成立的过程，国家或政府只有在具备了法律上的要件、实际成立以后，才作为国际法的主体而被承认。传统国际法曾占主导地位的学说认为国家要成为国际法主体必须得到既存国家的承认，但在现代国际法上，随着人民自决权原则的确立，这一学说也发生了变化。

一、承认的概念和性质

在国际法上，承认国家或政府，是国际社会中的既存国家以一定方式对新国家或新政府出现这一事实进行确认，并表明愿意与之建立正式外交关系的国家行为。所以，既存国家是否要给予新国家或新政府承认，是一个国家根据其外交政策和国家利益权衡的结果，也是单方面的政治行为。然而，既存国家一旦表示承认新国家或新政府，这就是国际法意义上的承认，就产生一定的法律效果。

对于承认的性质，主要涉及以下两个问题，而国际法学界对此都存在不同的回答。

1. 国家承认是“构成性”的，还是“宣告性”的？

构成说认为，承认可以创造新国家的法律人格，即一个新国家只有经过既存国家的承认，才能成为国际法主体。这种学说主要流行于19世纪。当时，原有的国家认为自己已经组成一个俱乐部，非经其同意，新国家不能成为成员。20世纪的奥本海、劳特派特、凯尔森等，都支持这一理论。比如，《奥本海国际法》就主张：“一个国家只有经过承认，而不由于其他原因，才能够算为、并且成为一个国际人格者。”

与构成说相反，宣告说认为，国家的成立及国际法的主体资格的取得，并不

依赖于他国的承认。新国家是先于独立于外国的承认而存在的，其国际人格并不是由其他国家承认而创设的。在实践中构成说也导致错误的后果：它赋予既存国家以同意或拒绝一个新国家享有国际人格的权利。他国的承认只是一种对新国家已经存在这一既存事实的确认，故只是一种宣告性行为。这种学说比较接近于事实而较为合理，现已获得大多数学者的支持，也为一些国际条约和国际实践所接受。

2. 承认是一种"政治行为"，还是一种"法律行为"？

少数构成说学者认为承认是一种法律行为，虽然他们也不否认其中的政治因素，如劳特派特将承认视为既存国家执行的一种"准司法"的义务，虽然其不可避免地受政治考虑的影响，但它标志着那个被承认的社会的国际权利和义务的开始。凯尔森则认为承认行为分为政治行为和法律行为，而在国际法上有意义而且有必要的是后者，它是既存国家确定一个共同体是国际法上的国家的行为。

一般认为，承认是承认国对新国家或新政府所作的单方行为，它取决于承认国的政治利益和对外政策，是否承认、何时承认、以何种方式承认，完全由其自由裁量，所以属于政治行为。这在一定意义上是正确的。

但不管怎样，承认是具有一定法律性质的行为。它应在不违反国际法原则的范围内执行；承认一经宣布，它就在既存国家与新国家、新政府之间奠定了相互交往的法律基础。

二、国家承认的情势

国家承认是指一个既存国家确认特定领土范围内的居民已组成为一个国家并具有国际法上的人格，同时表示愿意与其交往。对新国家的承认，一般发生在如下的情势之中：

1. 宣告独立的新国家属于既存国家的一部分。这种场合处理承认问题自应慎重。因为待承认的新国家属于既存国家的一部分，过早承认会侵犯母国，构成干涉其内政，当然母国若已承认新国家就不存在他国过早承认的问题。历史上美国在1903年巴拿马宣布脱离哥伦比亚独立后第三天就给予承认，被认为是过早承认的例子。另一方面，如果新国家已具备国际法规定的条件而第三国拒绝或拖延承认，又可能是对新国家内政的干涉或对其不友好的表现。西班牙在秘鲁宣布独立60年后才予以承认，被认为是过迟承认的例子。因此，承认国必须审时度势，尤其要考虑：（1）独立国是否已打败母国，或者（2）母国是否已停止对独立国作任何压服的努力，或者（3）母国虽还在努力恢复其统治，但显然已无能

为力。

2. 既存国家的一部分或殖民地和平地分离而独立。第二次世界大战后的亚、非许多民族或殖民地的独立，或原联合国托管地取得独立成为新国家，均属这种情况。

3. 新国家为既存国分裂为数国或既存数国合并为一国。这种场合承认比较容易判断，例如1958年埃及和叙利亚合并为阿拉伯联合共和国，两年后又分裂为埃及和叙利亚。1990年德意志联邦共和国与德意志民主共和国统一，1991年苏维埃社会主义共和国联盟解体，亦属此类。

三、政府承认的情况

对政府的承认是确认一个集团的人在一个国家内已组成了一个能够在国内实行有效统治、在国际关系中代表该国家的政府，同时表示愿意视其为该国的唯一合法政府而与之交往。

一般地，在新国家出现的场合，承认新国家总是通过领导该国的政府，因而也就同时承认了该政府；同样，承认一个新国家的政府，也就当然承认了其所代表的那个新国家。所以在这种情况下，政府承认与国家承认是一致的。但是，由于对政府的承认不涉及国家的国际人格，国家的国际法主体资格并不因政府更迭而有所改变，所以，政府承认又与国家承认无关，是一个独立的问题。

并不是所有政府变更的情况都导致政府承认。一国按照宪法程序所进行的政府变动，不引起政府承认。政府承认只是对既存国家内部通过政变或革命所产生的新政府的承认。因为在这种场合，虽然该国的国际法主体资格未受影响，但是由于政变或革命后上台的新政府与被它推翻的旧政府根本对立，该国奉行的内外政策必然会有所改变甚至是彻底改变。所以，其他国家或政府需要对该国新政府重新表示承认。1789年法国大革命、1917年俄国十月革命就是典型的例子。在现代，由于因政变或革命而变更政府之事不断发生，承认新政府的问题就显得特别重要。

关于政府承认的原则，国际法并无明确的规定。按照惯常的国际实践，当一个国家决定是否承认一个新政府时，决定性的因素是：这个政府是否"有效控制"了这个国家。所以，"有效控制"原则成为现代国际实践承认新政府的根据，除此之外，一般不必再考虑新政府的政权起源及其存在的法律依据。

在19世纪初期，欧洲封建王朝提出以"正统主义（或法统主义）"作为承认标准。20世纪初，厄瓜多尔外长托巴提出，凡是以宪法外的手段掌握政权的政

府，在其依宪法重新组建前不应被承认，此即“托巴主义”。第一次世界大战后，有的国家如美国，以民主主义为借口，主张新政府必须制定宪法或举行公民投票才能得到承认（所谓“威尔逊主义”）。这些都已为国际实践所否定。总之，一国或一政府可以对新政府予以承认或不予承认，但是绝不能利用承认干涉他国内政。

对有些国家来说，将承认建立在“有效控制”的基础上，是对一个国家内部事务的干涉。1930年9月27日，墨西哥外长艾斯特拉达发表一项声明，宣称给予承认是对外国内政加以判断后作出的决定，不论其善意或恶意，本身就构成了对该国家主权的侵犯。因此，墨西哥政府决定今后在外国发生政变或革命时，将避免从是否给予新政府承认的角度，而从是否继续交换外交使节的立场来处理问题。此即“艾斯特拉达主义”。

在拉丁美洲，如前所述，正统主义的影响极深，承认行为历来被作为干涉一国内政的手段。艾斯特拉达主义正是针对这种传统而提出来的，具有积极的意义，因此也得到了许多国家的支持。但是，它也只是“宣告说”的一种形式，因为决定是否与其政府维持外交关系也是一种默示的判断。承认是两国建立外交关系的法律基础，不经承认而直接建立外交关系，实际上就是一种默示的承认。

四、交战团体和叛乱团体的承认

对交战团体的承认是指其他国家将一国内战中反抗政府的一方承认为享有国际法上交战者资格的叛乱团体的行为。这种承认最初出现于英、美对南美独立战争中起义一方的承认，确立于美国内战中英、法、西、荷等对南部同盟的承认。在一国内的叛乱发展到内战规模时，在其他国家看来，这种冲突的效果危及其商业利益及侨民的生命与财产安全，或者有可能使其卷入内战，或者以人道为理由，它就可以考虑承认该国的交战状态。一般地，如果叛乱一方所追求的目的是政治性的，如民族解放或社会革命；叛乱是在一定政治或军事组织的领导下进行的公开武装斗争并达到了这样的规模：具有真正战争的性质、服从于战争法规，叛乱一方实际占领了该国部分地区并对该领土及居民实行有效的统治与管理，那么，叛乱者可以被承认为交战者。这种承认一经表示，即产生国际法上的效果：对于承认国，它须对内战双方持中立的立场，承受中立国的权利和义务；对于交战团体，它取得了战时一方的法律地位，承受战争法上的权利和义务，其战斗员享受正规战斗人员的待遇，同时对其所控制地区发生的一切事件负国际责任。

对叛乱团体的承认是指其他国家将一国内反抗政府的叛乱者承认为叛乱团体

的行为。它是在一国发生的叛乱尚未达到内战的程度时，其他国家为保护本国商务或侨民利益作出的。对叛乱团体的承认不同于对交战团体的承认，这种承认本身并不使叛乱团体享有交战者的权利，仅表示承认国在一定范围内对叛乱团体的武装斗争保持中立的立场。

五、不承认原则

国际法有一些最基本的原则，如“国家主权”和“国家独立”的原则等。对于违反国际法基本原则，由外国武力建立起来的，或在外国武力支持下建立起来的傀儡政权，不论它是以国家还是以政府的名义出现，都不应获得国际社会的承认。这就是国际法上的不承认原则。

罗马法上有个古老的格言：“不法行为所产生的结果，也是不合法的。”根据国际法，一个国家内部的分治或弥合，均属于其内政，他国不得干涉。但对于傀儡政权来讲，它本身就是外国侵略或干涉的结果，它的存在是违反国际法的，因此，其他国家有权利、也有义务对此非法产物表示拒绝。不承认原则起源于美国国务卿史汀生 1931 年给中日两国政府的照会。该照会宣布：美国绝不承认损及中国主权独立或领土及行政完整等的任何情势、条约或协议；不承认采用与 1928 年巴黎“非战公约”及其义务相抵触之手段导致的任何情势、条约或协议。此即为“史汀生主义”。自此以后，它为一系列国际文件和国家实践所接受，成为国际法上的不承认原则。1970 年《国际法原则宣言》、1974 年《关于侵略定义的决议》均规定：使用威胁或武力等取得领土或特殊利益均不得也不应承认为合法。1978 年 12 月越南入侵柬埔寨后建立的韩桑林政权、1979 年 12 月苏联入侵阿富汗后建立的卡尔勒政权，在很长时间内得不到国际社会的承认，就是晚近的实例。

尽管国际法上要求新产生的国家或政府必须符合国际法的原则，但从国际法的实践来看，如果是具有普遍性的国际组织，如联合国通过有关决议，关于承认的问题就比较清楚。例如，针对南非罗得西亚的“独立”和南非策划的特兰斯凯“独立”的决议，联合国大会和安理会于 1965 年和 1976 年分别通过决议，呼吁联合国所有成员国都不要以任何方式承认它们。

然而，在联合国组织没有形成任何决议的情况下，对新国家或新政府是否予以承认，则由各国根据政策自由决定。例如，2003 年 3 月，美国与英国、波兰、意大利及西班牙等国，对伊拉克发动了军事进攻。它们在推翻了伊拉克的萨达姆政权后，建立了新的临时政府。而对伊拉克这一新的政府是否予以承认，则是一

个各国自己需要决定的事情。

六、承认的方式和效果

(一) 承认的方式

不论是对国家或是对政府的承认，其方式均可分为如下三类：

1. 明示承认和默示承认。明示承认是一种直接的、明文表示的承认。从国际实践来看又有三种方式：一是承认国以照会（或函电）正式通知被承认者表示承认；二是几个国家，包括新国家或新政府在内，签订一个议定书或条约表示承认；三是几个国家，不包括新国家或新政府在内，签订一个条约，其中载有承认被承认者的条款。例如，在历史上，英、俄、法三国曾依1830年《伦敦议定书》承认希腊独立，这也是一种集体的承认。默示承认是一种间接的、通过某种行为表示的承认，通常是缔结双边条约、建立或维持外交关系或领事关系。至于新国家或新政府参加国际会议、国际组织或多边国际公约，并不当然构成其他国家对它们的默示承认。默示承认一般较少采用。

2. 法律上的承认和事实上的承认。法律上的承认即正式承认，是完全的、无保留的承认，它构成承认国与被承认者之间建立和发展全面交往的基础。一般的承认都是法律上的承认，在性质上是不能撤销的。在某些情况下，既存国家对被承认者的地位巩固与否不能肯定，或者由于其他政治原因不愿与其进行全面交往，但事实上又有交往之必要，于是在比较狭窄的范围内暂时与其发生关系。此谓事实上的承认。它是一种非正式的承认，具有临时性，可以撤销，在国家承认的场合罕有发生，在政府承认的场合较为常见。事实上的承认可以过渡到法律上的承认，但非必经程序。二者的区别主要体现在政治效果方面：前者是建立和维持外交关系的基础；后者一般只发生一定范围的经济及其他事务性关系，而不涉及政治上之外交关系。

3. 有条件的承认，或称附条件的承认。一些西方国家在承认新国家或新政府时，提出以其能够履行或承担某些国际义务为条件，在要求得到满足后才给予承认。此即有条件的承认。这种理论，不仅在国际法上没有任何合法依据，相反，在实践中是违背国家主权平等及其他国际法原则和规则的。一些西方大国总是利用它为其压迫和剥削弱小国家、干涉它们的内政服务。例如，当苏联及其他一些东欧国家在上世纪90年代初解体时，欧共体于1991年12月16日发表了一份《承认东欧和苏联新国家纲领宣言》，将人权和民主理念作为它对这些新国家承认的先决条件。

(二) 承认的效果

1. 政治效果和法律效果。承认产生两种效果：从政治上说，承认是承认国和被承认国之间政治关系的开始，导致双方外交等官方关系的建立。不过，如果只是事实上的承认，两国关系范围狭小，不引起政治关系。从法律上讲，不论是法律上的承认，或是事实上的承认，都构成两国关系的法律基础，承认国就应根据国家主权平等原则，承认被承认国的国内立法和司法判决的效力、外交代表和国家及其财产的司法豁免权。根据国际实践，承认的法律效果具有溯及力，即对新国家或新政府承认的效力，不是从其被承认之时开始，而是可以追溯到新国家或新政府成立之时，一切在其成立以后、被承认之前所作的法律行为，应承认为有效。

2. 承认与建交。法律上的承认的一个效果是建交，但承认不等于建交，二者既有联系又有区别。其联系表现在：承认是建交的前提，建交是承认的结果。按照惯常的实践，宣告承认后即开始建立外交关系。其区别在于：承认是一种单方面的行为，建交是双方行为，即使宣告承认也不一定要建交；承认不可撤销，外交关系却可以断绝，断交也不能取消承认的效果。

3. 未被承认者的法律地位。一个国家或政府即使未被承认，也不能认为它同其他国家完全没有关系，例如它可以与其他不承认它的国家一起参加外交会议、成为同一国际组织的成员等，还可以与不承认它的国家发生非正式的交往和事实上的关系。在此种情况下，国际法理论和实践主张，未被承认国家和政府的国内法（例如国有化法令）的效力应得到承认，它的行为应享有司法豁免。[①]

第四节 国家继承暨政府继承

在国际法上，当一个新国家或新政府产生后，面临着如何处理其前国家或前政府的国际权利与义务这个问题，即国家或政府的继承问题。

---

① 参见日本国际法学会编：《国际法辞典》，55页，北京，世界知识出版社，1985。

一、国家继承

（一）国家继承概说

国家继承指一国丧失其国际法律人格或丧失一部分领土时，它在国际法上的权利和义务移转给他国（一国或数国）的情况。前者为被继承国，后者为继承国。当被继承国的国际人格完全丧失时，便发生全面的继承；当被继承国的国际人格还继续存在，只是丧失一部分领土时，仅就与所丧失领土有关的国际法上的权利和义务发生部分的继承。

引起国家继承的原因，主要是国家领土的变更，即领土从一个主权移转至另一个主权，大致有如下几种情况：（1）分裂，即一国分裂为数国；（2）合并，即两个或两个以上的国家合并为一国；（3）分离，即国家的一部分或数部分领土从该国分离出来，组成新国家；（4）独立，即殖民地或附属领土取得独立；（5）割让，即一国领土的一部分移交给另一国。

国家继承的对象是与继承领土有关联的特定国际法权利和义务，不是国家的基本权利和义务，国家的基本权利和义务是国家固有的，不发生继承问题。按照联合国国际法委员会在国家继承方面的编纂工作，可以作为国家继承对象的权利和义务有两大类：由条约引起的权利和义务与条约以外的权利和义务。国家继承因此也分为条约方面的继承与条约以外事项的继承。对于前者，1978年联合国大会通过了《关于国家在条约方面继承的维也纳公约》。关于后者，1983年联合国大会通过了《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》。

根据国际法，国家继承必须具备两个基本条件：一是国家继承的合法性，即国家继承必须符合国际法；二是被继承的条约和条约以外的事项必须具有一定的领土性，与领土变更无关的权利、义务不在继承之列。

（二）条约的继承

条约的继承指继承国对被继承国所订条约中规定的权利、义务的继承，其实质就是被继承国的条约对继承国是否继续有效的问题。按照国际法，与国际法主体资格相联系的所谓“人身条约”，例如参加某一国际组织的条约，是随着被继承国国际人格的消灭而消灭的；政治性条约，如同盟条约、共同防御条约等，一般不继承；处理与所涉领土有关事务的所谓“非人身条约”，即“处置条约”，如有关边界和边境制度的条约，有关河流使用、水利灌溉、铁路交通的条约，有关中立化或非军事区的条约，特别是为当地利益而缔结的条约等，一般应予继承；

经济性条约一般需要根据条约的内容来确定是否予以继承。

《关于国家在条约方面继承的维也纳公约》对条约的继承具体规定了如下制度：

1. 一国领土的一部分成为另一国领土的一部分时，在所涉及领土内，被继承国的条约失效，继承国的条约生效。

2. 新独立国家对于任何条约，没有维持其效力的义务。继承国可发出继承通知，以确立其成为多边条约缔约国的地位；对于被继承国已签署但有待批准或接受的多边条约，继承国可通过履行相应手续而成为该条约的缔约国。至于双边条约，只有在两国明示或默示同意时，才在新独立国家与另一方之间有效。

3. 两个或两个以上国家合并为一个国家时，对其中的任何一个国家有效的任何条约，除非另有协议，或其继续适用将不符合条约的目的和宗旨，或根本改变实施条约的条件，应继续对继承国有关领土有效；对于未生效的条约，继承国可通知其他缔约国以确立其缔约国的地位。

4. 在一国的一部分或几部分领土分离而组成一个或一个以上国家时，不论被继承国是否继续存在，对被继承国全部领土有效的任何条约，继续对其所有继承国有效；仅对成为继承国领土有效的条约，只对该继承国有效；被继承国如继续存在，对被继承国有效的任何条约，继续对该国的其余领土有效，除非该条约只与被继承的领土有关，或根本改变实施条约的条件，或有关国家另有协议。

（三）国家财产

国家财产指国家继承发生时，按照被继承国国内法的规定为该国所拥有的财产、权利和利益。国家财产的继承产生双重法律效果：被继承国对财产所享有的权利消灭和继承国对该财产的权利产生。它只涉及继承国与被继承国之间财产所有权的转属问题。

被转属的国家财产应与被继承的领土有关联，因此，国家财产继承的原则有两个：一是国家财产一般随领土的转移而由被继承国转属继承国；二是所涉领土实际生存原则。上述两项原则的适用，应依财产的性质而有所不同。国家财产分为动产和不动产。凡位于所涉领土内的被继承国的不动产，一般情况下转属继承国；对于动产，则不单纯以其地理位置为依据，而是以其是否与所涉领土活动有关为依据。与所涉领土活动有关的动产，不论其位于所涉领土之内或之外，应转属继承国；反之，即便是位于所涉领土之内，继承国也不能自动接受该动产。这就是所谓所涉领土的实际生存原则。这两项原则在具体适用时，依情况不同而有区别：

（1）在一国将其部分领土移交给另一国时，被继承国的国家财产转属继承国

的问题应按照它们之间的协议解决。如无协议，位于国家继承所涉领土内的被继承国的国家不动产应属继承国；与被继承国对国家继承所涉领土的活动有关的被继承国的国家动产应转属继承国。

（2）当继承国为新独立的国家时，位于国家继承所涉领土内的被继承国的国家不动产应转属继承国；属于国家继承所涉领土但位于该领土之外而在领土附属期间已成为被继承国国家财产的不动产应转属继承国。

（3）当两个或两个以上国家合并而组成一个继承国时，被继承国的国家财产应转属继承国。

（4）国家的一部分或几部分领土与该国分离而组成一个国家时，除被继承国和继承国之间订立协议外，位于国家继承所涉领土内的被继承国的国家不动产应转属继承国；与被继承国对国家继承所涉领土活动有关的被继承国的国家动产应转属继承国。

（5）被继承国家解体或不复存在而其领土各部分组成两个或两个以上国家时，除这些继承国之间另有协议以外，位于某一继承国领土内的被继承国的国家不动产应转属该继承国；位于被继承国领土外的被继承的国家不动产应按照公平比例原则转属继承国。

（四）国家债务

1. 国家债务的定义和种类

国家债务是指一个被继承国按照国际法而对另一国、某一国际组织或任何其他国际法主体所负的任何财政义务。

按不同的标准，国家债务可作如下区分：

（1）按债权人与债务人的关系可分为内债和外债。内债是国家欠内国债权人之债；外债是国家欠外国国家或国际组织的债务和欠外国私人（自然人或法人）的债务。

（2）按债的使用范围可分为国债、地方化债务和地方债务。国债是以国家名义所借并用于全国的债务，也称公共债务；地方化债务是以国家名义所借但用于国家领土某一部分的债务；地方债务是由地方当局所借并作于该地区的债务。

（3）按债的性质可分为善意之债和恶意之债。善债是具有正当用途的合法之债；恶债是具有与国家及其人民根本利益相违背的用途或违背国际法基本原则而承担的债务，如征服债务、战争债务。

按照国际法，国家对其国民拥有属人优越权，因此，内债属于其内政，国家可以自由处置。而国家所欠外国私人之债，属于国内私法上之债权债务关系，除

非因该国侵害外国私人债权而引起该国国家责任，外国私人之本国行使外交保护权，否则不发生国家与国家之间的关系，国家可按照国内法加以处理。地方债务非国家所借，国家亦对此不承担责任。至于恶债，因其不正当之用途及违反国际法之性质，当然不在国家继承范围之列，“恶债不予继承”已成为一项公认的国际法原则。所以，在上述各类债务中，可以成为国家继承对象的只有国家以其名义向外国国家、国际组织或其他国际法主体所负的合法国债与地方化债务。

2. 国家债务继承的一般规则

国家债务继承是指被继承国的国家债务转属继承国。它所要解决的基本问题是如何处理被继承国的国家债务。因领土变更的情况不同，处理规则也不同：

（1）在一国部分领土移交给另一国，或一国的一部分或几部分领土分离出去而组成一个新国家或与另一国合并的情况下，被继承国的国家债务转属继承国的问题，应依双方协议解决；若无协议，则应按公平的比例转属继承国，但应考虑到转属继承国的财产、权利与该项国家债务之间的关系。

（2）被继承国解体而其领土分裂为数国时，由于存在数个继承国，所以除被继承国与各继承国另有协议外，被继承国的国家债务应在各继承国之间按公平比例转属。

（3）两个或两个以上国家合并成一个继承国时，根据债务随财产一并转移的规则，被继承国的国家债务应转属继承国。

（4）对于新独立国家应否承担前宗主国或殖民国家的债务问题，根据促进新独立国家的经济发展和减轻或免除其债务负担的原则处理。依“白板主义”，被继承国的债务，一般不应转属新独立国家，但并不排除有关双方以协议解决，只要此种协议不违反国际法基本原则，不损害新国家的经济发展。

此外，国家继承还包括国家档案的继承、国际组织成员资格的继承、国家既得权的继承、国家责任的继承以及居民国籍的继承等。

二、政府继承

按照国际法，政府的和平变更不发生政府继承问题。但是，在新政府是因革命或政变而产生时，则引起政府继承。政府继承是指因革命或政变导致政权更迭，旧政府在国际法上的权利、义务由新政府所取代。它与国家继承不同：首先，国家继承是由领土变更的事实而引起的，政府继承则是革命或政变导致政权更迭的结果。其次，国家继承发生在不同的国际法主体之间，而政府继承发生在同一国际法主体内部的新旧两个政府之间。最后，国家继承因领土变更的情况不

同而有全部继承和部分继承之分，而政府继承一般是全部继承。这里所说的全部继承，并不是说新政府无条件地继承旧政府的一切权利和义务，而是说凡符合国际法的权利和义务，均应由新政府完全予以接受。

有些国际法学者依据“国家继承”原则，根本否认政府继承，认为政权更替并不影响国家作为国际法主体的地位，因而不存在政府继承。从理论上说，虽然政府变更不影响国家的国际人格，但是通过革命而产生的新政府与前政府是根本不同的，这种情况必然使国家的对外政策发生根本的变化，这就产生了政府继承问题。在实践中，由于革命而发生的政府变动，经常引起政府继承。1789 年法国大革命、1917 年俄国十月革命和 1949 年新中国成立，都为政府继承提供了实例。

政府继承的基本原则是：一是对于一切不平等、掠夺性的秘密条约，以及与新政府所代表的国家利益根本对立的条约不应继承；二是新政府可无条件地废除一切恶债。除此之外，新政府应继承其他条约权利和义务以及一切财产、权益及义务。

三、国家与政府继承的实践

虽然国际法上已有关于国家与政府继承方面的基本原则，但在实践中具体如何落实，则要根据每一情势的特点以及相关国家的立场和要求，有所变化和调整。以下是有关该问题的几个实例。

1. 捷克斯洛伐克

捷克斯洛伐克国家于 1993 年 1 月 1 日分成了两个国家，即捷克共和国与斯洛伐克共和国。这两个国家在继承方面达成的协议基本上与 1978 年《关于国家在条约方面继承的维也纳公约》的规定是一致的。换句话说，捷克共和国与斯洛伐克共和国发表声明，认为它们是原捷克斯洛伐克国家的继承者，并愿意承担原来捷克斯洛伐克所承担的国际义务。

2. 波罗的海国家

1940 年合并入苏联的波罗的海国家，即爱沙尼亚、立陶宛和拉脱维亚三国。它们在 1990 年和 1991 年宣布独立后，得到世界上不少国家的承认，其中也包括苏联。苏联于 1991 年 9 月 6 日承认了这三个国家为独立的国家。此后，这三个国家也先后成为联合国的会员国。然而，波罗的海的这三个国家是否属于 1978 年维也纳公约中定义的“独立”国家，这并不十分清楚。它们究竟应该是新的“独立”的国家呢？还是从苏联分离出来的国家？不管怎样，波罗的海的这三个国家并不认为它们是“继承”了苏联，而且拒绝根据国际法上有关继承条约方面的理论来承担任何由苏联与其他国家订立的多边条约所产生的国际义务。

3. 俄罗斯联邦

戈尔巴乔夫在 1985 年成为原苏联领导人后，就推行所谓的“新思维”。在 1991 年发生的政变以后，苏联终于解体，成立了 15 个独立的共和国，其中一个就是“俄罗斯联邦”。俄罗斯与其他 10 个加盟共和国就继承原苏联在国际社会中的权利、义务问题，于 1991 年 12 月签订了一个协议。根据这一协议，这些国家将共同承担原苏联在国际条约中的义务（大约有一万六千条多边和双边条约），并同意俄罗斯联邦继承原苏联在联合国的席位，其中也包括在联合国安理会常任理事国的席位。据此，俄罗斯联邦于 1992 年 1 月 17 日照会了所有驻莫斯科的外国使团：俄罗斯联邦将继续履行原苏联所签订国际条约中的权利和义务。

4. 东德与西德的合并

“柏林墙”的倒塌在国际关系上经常是被看做“冷战”结束的象征。1990 年 10 月，德意志联邦共和国（西德）与德意志民主共和国（东德）组合后，西德就根据本国《基本法》第 23 条的规定，将它作为“合并”（accession）来处理。由于“东德”不复存在，“西德”的国名也不再使用，取而代之的就是“德国”。尽管如此，德国对于两个德国合并时东德还拖欠联合国关于中东维和行动的两笔费用，拒绝予以偿还。对于所有原东德与外国所签订协议中规定的权利和义务，德国也并不是采取“全盘”、“自动地”继承的立场，而是采取与所有有关国家逐一谈判的方式来解决。

5. 南、北也门的统一

南也门与北也门统一后在国家继承方面所采取的立场，与德国形成一个明显的反差。南、北也门于 1990 年发表声明，表示统一后的也门将继承原来南、北也门参加的所有国际条约。即便原来只有其中一国参加的国际条约，统一后的也门也继承该条约中规定的权利与义务。如果原来的南、北也门都是某一国际条约的当事方，那么，参加该条约的时间就从原两国中较早的一国参加的时间算起。

第五节 中华人民共和国的承认与继承问题

一、对中华人民共和国的承认

1. 对中华人民共和国的承认属于对新政府的承认，而不是对新国家的承认

虽然中华人民共和国与旧中国属于完全不同的历史类型，但这并不等于说它在国际法上就是一个新国家。中华人民共和国的成立并未在国际社会中增加一个新的国家成员，而只是在中国产生了一个新政府，即以中央人民政府取代了国民党政府。中国作为国际社会成员的资格没有任何改变，只是国名发生了变化，即将“中华民国”改为“中华人民共和国”①。也就是说，中华人民共和国是中国的延续。因此，对中华人民共和国的承认，就是对中国新政府的承认。中国政府在很多场合和许多文件中都对此作了明确的肯定，如1949年10月1日毛泽东主席在天安门城楼上宣布“中华人民共和国中央人民政府成立了”，同日发布的《中华人民共和国成立公告》宣布：中华人民共和国中央人民政府“为代表中华人民共和国全国人民的唯一合法政府，凡愿遵守平等互利及互相尊重领土完整和主权等项原则的任何外国政府，本政府均愿与之建立外交关系”。1950年9月17日，中华人民共和国中央人民政府外交部长致电联合国秘书长，申明：“中华人民共和国中央人民政府是代表中国人民的唯一合法政府，中国国民党反动残余集团已丧失了代表中国人民的任何法律的与事实的根据。”

为体现对中华人民共和国的承认只是一个政府承认的问题，换句话说，为了坚持世界上只有“一个中国”的原则立场，我国政府以前没有接受、将来也不会接受国家间的国际组织中会有“台湾”代表的可能性。事实上，国际社会绝大多数成员以实际行动来表明：对中华人民共和国的承认只是一个政府承认，中国只有一个。至于某些极少数国家妄想让“台湾”挤进联合国组织的所谓“提案”，在联合国大会还未开会前的总务会议上，就被会议的绝对多数参加国从法理上严正驳回、予以否决。而“台湾”想以观察员的身份挤进世界卫生组织的企图，也在国际社会严正、明确的态度面前，被撞得粉碎而不能得逞。

2. 逆条件的承认以及承认的相互性

中国政府在对待承认问题上不只是消极地接受其他国家的承认，还积极地规定了接受它国承认的条件，即必须承认中华人民共和国政府是代表中国的唯一合法政府，断绝与台湾当局的一切官方关系以及承认台湾是中国领土不可分割的一部分、是中国的一个省。只有在这些条件得到满足后，中国政府才接受对方的承认。此即“逆条件”的承认。例如，在上世纪50年代，由于英国未完全断绝与台湾当局的“官方”关系，并在联合国中对中国的代表权问题投弃权票，所以双方只是建立了代办级的外交关系。直到1972年英国在中英关于互换大使的联合

① 在国际法上，国家有权改变自己的名称，例如波兰、匈牙利、罗马尼亚等国在1990年后都改动了国名。

公报中宣布："联合王国政府承认中国政府关于台湾是中华人民共和国的一个省的立场，决定于 1972 年 3 月 13 日撤销其在台湾的官方代表机构。""联合王国政府承认中华人民共和国政府是中国的唯一合法政府"，双方全面的外交关系才得以建立。[①]

"逆条件"的承认是有关承认的国际实践的一个创新，是新中国对承认法的贡献。

新中国对承认法的另一个贡献是承认的相互性。在中国政府看来，承认是互相的，对于不承认中国政府的国家或政府，中国政府也拒绝给予其以合法地位。例如 1978 年中美建交联合公报明确宣布：中美双方自 1979 年 1 月 1 日起互相承认并建立外交关系。相互承认完全符合国家平等原则，还排除了对运用"承认"一词是否适宜的疑虑，例如艾斯特拉达主义就认为"承认"一词暗含着对被承认国或政府的恩赐或侮辱。相互承认也与承认的国际实践完全吻合，因为不论采取何种形式，承认在实施时都只能是互相的。[②]

二、关于中华人民共和国的继承

新中国对旧中国的继承问题，只能是政府继承问题。按照国际法，中华人民共和国政府应享有中华民国政府及其他前政府一切合法的国际权利及利益，但对其所承担的国际义务则要区别对待。我国政府的原则立场是：

1. 关于条约。对清政府以来的历届中国政府所缔结或参加的条约，按其性质和内容予以区别对待。1949 年《中国人民政治协商会议共同纲领》第 55 条规定，对于国民党政府与外国政府所订立的各项条约和协定，中华人民共和国中央人民政府应加以审查，按其内容分别予以承认，或废除，或修改，或重订。根据这一原则，又有如下几种情况：

（1）废除清朝与中华民国时期历届政府所订立的一切不平等条约、卖国条约和勾结帝国主义镇压人民革命的条约；（2）对于有利于国际和平、有利于在平等

---

① 美国政府对中国政府的承认，中国政府还特别强调如下三项条件：（1）断绝与台湾国民党集团的"外交关系"；（2）终止与台湾国民党集团的"共同防御条约"；（3）从台湾撤走全部美国军队。1972 年 2 月 28 日美国政府在中美上海公报中承认只有一个中国，台湾是中国的一部分，但没有全部满足中国政府提出的条件，因此，中国政府只同意与其在各自首都互设联络处。1978 年 12 月 16 日美国政府在中美联合公报中承认中华人民共和国政府是中国的唯一合法政府，并于同日声明终止与台湾的"共同防御条约"，在 4 个月内从台湾撤出其军队，从而满足了中国政府的全部条件，中国政府因此与其建立外交关系。

② 参见陈体强：《中华人民共和国与承认问题》，载《中国国际法年刊》，27 页，北京，法律出版社，1985。

互利基础上进行国际交往的条约，予以继承[①]；（3）对于原来在平等基础上订立的，由于情势变迁已不适应两国关系新情况的条约重新协商，加以修订[②]；（4）对于边界条约一般予以尊重，但对于某些有争执的边界，要考虑到条约的历史背景，根据具体情况，分别对待[③]；（5）任何旧条约，在未经中国政府承认之前，外国政府不能援用为对抗中国政府的根据而提出要求。

2. 关于国家财产。从1949年10月1日起，新中国政府对于以前中国政府在国外的财产，包括公营企业，享有合法的继承权利。所有当时属于中国的国家财产，包括动产和不动产，不论位于何地，也不论其所在地的国家或政府是否承认了新中国政府，一律归新中国政府所有，它有权接收和处理。例如，中国政府对“两航公司案”、“永灏油轮案”、“威尔斯法哥银行存款案”和“纽约运通银行存款案”等的立场表明了这一原则。[④]

3. 关于国家债务。对于旧中国历届政府遗留下来的债务，中国新政府根据其性质区别对待。对于恶意之债不予继承。这里的恶债是指那些“已经并将继续使中国陷于内战、反动、丧权辱国、殖民地化、混乱与崩溃的危机之中”的债务；而对于合法债务，则与有关国家或政府友好协商，进行清理，求得公平合理的解决。

4. 关于中国政府在国际组织的代表权及其他权益。中华人民共和国在联合国及其他国际组织中的代表权问题，不是作为一个新的会员国加入而是作为一个会员国恢复其既得合法权利和地位的问题。中国政府多次致函致电联合国秘书长、大会、安理会等，要求取代已丧失代表中国及中国人民资格的中华民国政府，继承其代表权。[⑤] 至于在国际组织的其他权益，当然也应由中国政府继承。例如，1950年10月10日中国人民银行致电国际复兴开发银行声明，“中国在国际复兴开发银行中的全部财产及权益，是属于中国人民的，因此只有作为中华人民共和国国家银行的中国人民银行方有处理中国在国际复兴开发银行中已缴股份及一切其他财产和权益的合法权利。”[⑥]

---

① 例如1952年7月承认国民党政府于1929年参加的1925年《日内瓦议定书》，并于1957年承认国民党政府于1935年加入的1930年《国际船舶载重线公约》。

② 例如1957年中国政府和捷克斯洛伐克政府重新考虑1930年《中捷友好通商条约》。

③ 例如对于1941年中英换文划定中缅边界上的“1941年线”，以1960年《中缅边界条约》加以解决。

④ 参见黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，258～262页，北京，中国政法大学出版社，1987。

⑤ 参见《中华人民共和国对外关系文件集》，第1集（1949—1950），86～87、90～92页，北京，世界知识出版社，1957。

⑥ 《中华人民共和国对外关系文件集》，第1集（1949—1950），158页。

【课堂讨论案例】

2006年5月21日，黑山共和国就独立问题举行全民公决，55.5%的选民在公决中支持独立。这一数字达到了黑山全民公决法案规定的独立标准。随后，黑山共和国议会通过了黑山独立决议以及独立宣言。

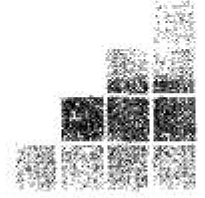
6月14日，外交部长李肇星复信黑山共和国外长米奥德拉格·弗拉霍维奇，表示中国政府决定自即日起承认黑山共和国，并强调中方愿在和平共处五项原则基础上发展同黑山共和国的友好合作关系。当天，外交部通知塞尔维亚共和国驻华大使，说自即日起，中华人民共和国驻塞尔维亚和黑山特命全权大使转任中华人民共和国驻塞尔维亚共和国特命全权大使，中华人民共和国驻塞尔维亚和黑山大使馆更名为中华人民共和国驻塞尔维亚共和国大使馆。

请结合本章内容，思考下列问题：

（1）塞尔维亚和黑山分成两个国家，其他国家是否有义务承认这两个国家？

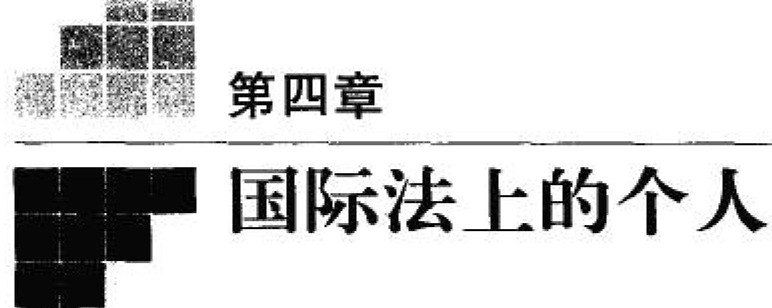
（2）其他国家在塞尔维亚和黑山分别成为两个国家后对其的立场和态度，是否会影响这两个国家的国际法主体资格？

（3）我国对黑山的承认，对我国与该国的关系将会产生什么样的影响？

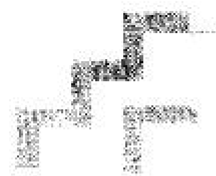




第四章



国际法上的个人



第一节 国 籍	一、国籍与国籍法 二、国籍的取得与丧失 三、国籍的抵触 四、中国国籍立法及实践
第二节 外国人的待遇	一、外国人的法律地位 二、外国人待遇的一般原则 三、外国人的入境、居留和出境 四、外国人在中国的法律地位
第三节 外交保护	一、外交保护的概念与性质 二、外交保护行使的条件 三、外交保护问题的新发展

本章概要

国际法在规范国家相互之间关系的同时，也涉及与之相关的一国与其本国国民、外国国民之间的关系。这些关系具体表现在以下几个方面：即：国籍、外国人的法律地位及待遇原则、外交保护、引渡和庇护制度等。

关键术语

国籍　国民待遇　最惠国待遇　差别待遇　外交保护　引渡　庇护

第一节　国　籍

一、国籍与国籍法

国籍是自然人与一个国家稳定的法律联系；它表示该自然人对该国家在法律上的从属关系，表示由于这一关系而使该自然人享有权利并对国家负有责任，国家也因此保护他无论在本国境内还是境外的权利和利益。

对于居住在一国境内的人，其中包括本国人、外国人和无国籍人，如果要区别谁是本国人，谁又是外国人或无国籍人，区别的标准就是国籍。国籍对于确定一国

境内的居民与该国的不同法律关系及在该国所处的不同法律地位具有重要意义。

国籍对个人和国家的重要意义主要是：第一，国籍是一国确定某人为其国民或公民的根据，国家基于它对其国民或公民行使属人管辖权。另一方面，国籍又是个人作为国家成员的身份，这种身份就是国民的资格，以确定其不同于外国国民的法律地位，享受本国法律上的权利和义务。第二，国籍体现了个人同国家的法律关系，基于这种法律关系，个人对其所属国负有效忠的义务（特别是不论平时或战时有服兵役之义务），并服从其所属国的属人优越权，在国际上享受本国的外交保护。

按照国际法，国籍问题原则上属于每个国家的国内管辖事项。每个国家有权以自己的法律决定谁是它的国民。一国规定其国籍的取得、丧失或变更等问题的法律，称为国籍法。至于法律的形式，则因国家不同而不同。有些国家以宪法条款的形式出现，有些国家则以单行法的形式出现。最早以宪法规定国籍的是1791年法国宪法，最早以单行法规定国籍的是1842年普鲁士国籍法。

国籍法虽然是国内法，但由于各国在国籍立法上的原则、内容不同，在国际交往不断增加和各国人民往来频繁的情况下，往往引起国籍抵触，从而导致国家间的争执。为了避免误会和冲突，国家相互之间签订了不少目的在于解决国籍问题的公约，例如：1930年《关于国籍法冲突的若干问题的公约》、《关于某种无国籍情况的议定书》、《关于双重国籍某种情况下兵役义务的议定书》、1954年《关于无国籍人地位的公约》、1957年《已婚妇女国籍公约》和1961年《减少无国籍状态公约》等。所以，有关国籍问题的一些原则和规则成为国际法和国际关系中的一个重要内容。

二、国籍的取得与丧失

（一）国籍的取得

国籍的取得主要有两种途径：一种是因出生而取得一国国籍，此称为原始国籍；另一种是因入籍（也称为归化）而取得一国国籍，此称为继有国籍。

1. 原始国籍。它是指一个人由于出生而具有的国籍。世界上大多数人都是因出生而取得国籍的。赋予原始国籍的标准共有三个：

（1）血统主义，指依血统关系，即以父母的国籍来确定一个人的国籍。按照这一标准，凡具有本国国籍的人所生之子女，不论出生于何地，当然为本国国民。其中，仅以父或母一方的国籍为准的，称为单系（父系或母系）血统主义；以父母双方任一方的国籍为准的，称为双系血统主义。在以前，父系血统主义占

优势，现今则流行双系血统主义。

（2）出生地主义，指依出生地决定一个人的国籍。按照这种标准，一个人出生在一国境内就取得该国国籍，而不问其父母的国籍为何。历史上一些国家为吸收外来人口曾采取这种标准，现今纯粹采取出生地主义的国家一个也没有了。

（3）混合主义，即兼采血统主义和出生地主义。现今大多数国家均采混合主义，但侧重点有所不同。传统上采用血统主义的大陆法系国家、包括中国等亚洲国家一般以出生地主义为辅；而传统上采用出生地主义的美洲国家则也兼采血统主义。

2. 继有国籍。它是指一个人由于加入某国国籍而取得该国国籍。主要有申请入籍，基于婚姻、收养、认领等事实入籍等。

（1）自愿申请入籍。一国是否允准外国人或无国籍人加入其国籍，是其主权范围内的事，他国无权干涉，任何人也无权主张一国必须接受其入籍。原则上，各国都允许外国人在一定的条件和法律程序下入籍。例如1952年泰国《国籍条例》规定，具备如下条件者，可加入泰国国籍：第一，依泰国法律及其本国法律已届法定年龄者；第二，行为良好有正当职业者；第三，居留泰国的时间截至申请日连续不下10年者；第四，具有有关部门所规定的泰文知识程度者。申请入籍还须经一国国家机关批准，有的规定为立法机关，有的为司法机关，多数国家为行政机关。

（2）由于婚姻入籍。一国国民由于与他国国民结婚而取得他国国籍，这主要是解决女子国籍因婚姻发生变更的问题。关于婚姻对女子国籍的影响，主要有四种形式：第一，无条件的妻随夫籍，即凡与本国男子结婚的外国女子取得本国国籍；凡本国女子与外国男子结婚则丧失本国国籍。第二，外国女子与本国男子结婚即取得本国国籍，而本国女子与外国男子结婚并不当然丧失本国国籍。第三，有条件的妻随夫籍，即外国女子嫁到本国或本国女子嫁到外国，原则上取得或丧失本国国籍，但有一定条件。第四，女子国籍独立，即婚姻不影响国籍。现在大多数国家根据男女平等和妇女国籍独立的原则，规定婚姻不影响国籍，即婚姻双方各自保有原来的国籍。

（3）由于收养入籍。收养对被收养者国籍的影响，大致有三种情况：第一，收养影响国籍，即本国国民收养的外国籍或无国籍的养子女因收养而取得本国国籍。第二，收养不影响国籍，即养子女不因被收养而取得养父母所属国的国籍。第三，收养虽不影响被收养人的国籍，但养父母所属国可以按优惠的条件给予被收养人国籍。

（二）国籍的丧失

国籍的丧失是一个人丧失某一特定国家的国民身份。丧失国籍的情况分为自

愿和非自愿两种情况。自愿丧失国籍是以当事人的意志为基础的。这又有两种情形：一是申请退籍，即根据一国法律规定，由具有该国国籍的人向该国主管机关提出放弃或解除该国国籍，经批准后即丧失该国国籍。例如1980年《中华人民共和国国籍法》第10条规定："中国公民具有下列条件之一的，可以经申请批准退出中国国籍：一、外国人的近亲属；二、定居在外国的；三、有其他正当理由。"第11条规定："申请退出中国国籍获得批准的，即丧失中国国籍。"二是自愿选择某一国籍，例如在交换领土的情形下，交换地区的居民选择对方国籍即丧失本国国籍。在双重国籍情形下，双重国籍人依有关国家协议自愿放弃某一国籍即丧失该国籍。

非自愿丧失国籍主要是由于取得外国国籍、婚姻、收养或认领等原因而丧失本国国籍。也有由于被剥夺而丧失其国籍的情况。例如，苏联曾于1921年12月15日通过了关于剥夺国籍的法令；纳粹德国也曾大规模地剥夺犹太人的国籍。在现代，剥夺国籍不符合国际人权法。1948年《世界人权宣言》第15条规定："人人有权享有国籍。""任何人之国籍不得任意剥夺。"因此，现今剥夺国籍的实践极为罕见。

丧失国籍的法律后果是，当事人与原国籍国之间的权利义务关系随即解除，他亦不复具有其国民资格。但许多国家还有恢复国籍的规定。例如《中华人民共和国国籍法》第13条规定："曾有过中国国籍的外国人，具有正当理由，可以申请恢复中国国籍……"

三、国籍的抵触

国籍的抵触是指一个人在同一时间内具有两个或两个以上的国籍，或者不具有任何国籍的法律状态。前者即双重或多重国籍的状态，称为国籍的积极抵触；后者即无国籍状态，称为国籍的消极抵触。

国籍抵触的产生是因为各国法律在出生、婚姻、收养或认领、剥夺国籍等国籍的取得或丧失上的不同规定。例如，采取血统主义国家的国民在采取出生地主义国家所生子女，出生时即是双重国籍人，若其父母不属同一国籍还可能是多重国籍人。反之，采取出生地主义国家的国民在采取血统主义国家所生子女，出生时即为无国籍人。

国籍的抵触是一种不正常的现象，它给个人、国家及国际关系都带来诸多麻烦。双重（多重）国籍人对两个国家都承受权利和义务，例如有双重服兵役之义务；两国相互行使外交保护以及谁来对第三国行使外交保护也成问题。按照通行的国际实践，对于双重国籍人，若有一个当事国国籍，该国视其为本国人；若其

国籍中有一个敌国国籍，交战国视其为敌国人；若其国籍与当事国无利害关系，情况较为复杂，现倾向于以实际国籍为准。无国籍人在任何国家都处于不利的地位，不被视为该国国民，原则上不受该国的外交保护。因此，国际社会一直很关注国籍的抵触问题，现今各国都以国内立法、双边条约和国际公约等多种途径来解决这一问题。

四、中国国籍立法及实践

旧中国曾先后颁行过几部国籍法：1909 年《大清国籍条例》、1912 年《民国国籍法》、1914 年《民国三年修正国籍法》和 1929 年《民国十八年修订国籍法》。上述法律几乎全部采取父系血统主义。新中国成立后，在很长一段时间没有制定国籍法，实践中采取男女平等的双系血统主义，并且在中国人丧失中国国籍的问题上，采取须经中国主管机关许可的原则。

1980 年 9 月，在总结三十多年处理国籍问题的经验并参考了其他国家的国籍立法和有关国际公约的基础上，通过了《中华人民共和国国籍法》（以下简称《国籍法》）。这部国籍法的基本原则和主要内容是：

1. 在原始国籍赋予上采取双系血统主义和出生地主义相结合的原则。这具体体现在《国籍法》第 4、5、6 条的规定上，即：父母双方或一方为中国公民，本人出生在中国，具有中国国籍。父母双方或一方为中国公民，本人出生在外国，具有中国国籍；但父母双方或一方为中国公民并定居在外国，本人出生时即具有外国国籍的，不具有中国国籍。父母无国籍或国籍不明，定居在中国，本人出生在中国，具有中国国籍。

2. 不承认双重国籍

这是我国国籍法的一项基本原则。《国籍法》第 3 条规定："中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。"第 5、8、9、13 条将这一原则具体化：（1）父母双方或一方为中国公民并定居在外国，本人出生时即具有外国国籍的，不具有中国国籍。（2）定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍，即自动丧失中国国籍。（3）经批准加入中国国籍的，不得再保留外国国籍。（4）申请恢复中国国籍获批准的，不得再保留外国国籍。1996 年和 1998 年全国人大常委会关于我国国籍法在香港、澳门特别行政区实施的几个问题的解释进一步贯彻了这一原则。①

我国在国外拥有大量的侨民，遍布世界各地，其中以在东南亚国家的为最

① 参见余民才、程晓霞编著：《国际法教学参考书》，405～408 页，北京，中国人民大学出版社，2002。

多。在实践中曾发生了中国与有关国家的国籍抵触问题。按照和平共处五项原则，中国政府一贯坚持“一人一籍”，主张与有关各国友好协商，解决华侨的国籍抵触问题。1955年中国首先与印度尼西亚签订了《关于双重国籍问题的条约》。[①] 此后，中国又与马来西亚、菲律宾和泰国等国签署协议，比较圆满地解决了华侨的双重国籍问题。[②]

3. 防止和减少无国籍人

防止和减少无国籍人也是我国国籍法奉行的一项原则。《国籍法》对此从两个方面予以规定。一是对于父母无国籍或国籍不明并定居在中国的，只要他们的子女出生在中国，其子女即具有中国国籍。二是对于无国籍人，只要他们愿意遵守中国宪法和法律，并具备如下条件之一：(1) 中国人的近亲属；(2) 定居在中国；(3) 有其他正当理由，就可以经申请批准加入中国国籍。另外，我国国籍法不以任何理由剥夺我国公民的国籍。

此外，《国籍法》还对国籍的退出、丧失和恢复以及受理国籍申请的机关和审批作了规定。

第二节　外国人的待遇

一、外国人的法律地位

外国人是指在一国境内不具有居留国国籍的人。无国籍人一般也归入外国人的范畴。从法律上说，外国人除自然人外，还包括外国法人。

一国境内的外国人包括两类：一类是根据国际法享有外交和领事特权与豁免的外国人；另一类是普通外国人。享有外交和领事特权与豁免的外国人具有特殊的法律地位，与普通外国人不同，因而不在一般外国人之列。

根据国际法，一国境内的外国人的法律地位，由所在国法律加以规定。给予

① 1960年12月，中国与印尼还订立了《关于双重国籍问题的条约的实施办法》。1969年4月，印尼单方面废除了同中国签订的双重国籍问题条约。

② 在全球化背景下，越来越多的国家修改法律或改变国籍政策接受或容忍双重国籍。近年来，生活在国外的新华侨、华人要求我国实施双重国籍的呼声日益高涨。因此，我国国籍法不承认双重国籍原则是否应予重新审视或修改，是当前需要认真研究的一个问题。

外国人什么待遇，是一国主权范围内的事，别国无权干涉。但是，居留国规定外国人的法律地位时，须顾及国际法的一般原则和国际通例，不得违背该国所承担的国际义务；此外还应顾及外国人本国的属人管辖权。

外国人处于居留国的属地管辖之下，他们须遵守居留国的法律和法令。外国人在居留国居留期间，依法享受该国给予的待遇，履行法律规定的义务。同时，他们仍处在本国属人管辖之下，因此也负有效忠本国的义务。当其合法权益在居留国受到侵害时，可以获得本国的外交保护。

二、外国人待遇的一般原则

国家给予外国人何种待遇，国际法上并无统一规定。在国际实践中，各国一般在互惠和不歧视的基础上，同时在不同领域分别采取国民待遇、最惠国待遇和差别待遇。

1. 国民待遇。它是指国家在一定范围内给予外国人与本国公民同等的待遇。即在同等条件下，外国人享有与本国人相同的权利并承担相同的义务。依此原则，国家给予外国人的待遇不低于本国人的待遇；另一方面，外国人不得要求任何高于本国人的待遇。

从国际实践来看，给予外国人以国民待遇，一般限于民事权利和诉讼权利方面。至于政治权利，例如选举权和被选举权，外国人一般不能享有①；外国人也不承担服兵役的义务。即使在民事权利方面，也有一定限制：（1）各国往往出于国家安全和利益的考虑，不允许外国人从事某些特定的职业，担任某些特定的职务，以及取得某种利益。例如一些国家规定，外国人不能充当引水员、飞行员，不得任文官、商船船长和律师，等等。一些国家还禁止外国人拥有土地。（2）有些国家对外国人的旅行、居住有某些限制，如前往非开放地点需办理特许证件。当然，国家也有可能根据互惠原则，对于某些外国人适用特别的优惠，如给予对方人员以征税方面的优惠，而本国人则不享有。

2. 最惠国待遇。它是指一国（施惠国）给予另一国（受惠国）国民的待遇，不低于现时或将来给予任何第三国国民的待遇。最惠国待遇一般通过双边或多边条约适用于经济和贸易方面。目前，国际上普遍采用互惠的、无条件的和有限制的最惠国待遇。

---

① 但有些国家在地方一级给予外国居民以选举权，或正在开始这样的立法程序。这主要表现在欧洲联盟国家。参见《人民日报》，2000-05-06。

根据国际实践，最惠国待遇不适用于以下情形：（1）给予邻国的利益和特惠；（2）关税同盟内的优惠；（3）自由贸易区和优惠贸易区域内部的优惠；（4）经济共同体内的优惠。

3. 差别待遇。它是指一国给予外国人不同于本国人的待遇，或对不同国籍的外国人给予不同的待遇。第一种情况如国民待遇中对外国人民事权利的一些限制，或者一国在某些领域或地区给予外国人特别优惠的待遇。第二种情况如最惠国待遇的例外情形，以及由于民族、历史、地理等原因，某些国家或国家集团的关系密切一些，从而相互给予对方国民而不给予第三国国民在某些事项上较优惠的待遇。国际法承认上述差别待遇。但是，如果因种族、宗教、政治等方面的原因实行差别待遇，则成为歧视待遇，就是违反国际法的。

在外国人待遇问题上，一些西方国家和国际法著作曾提出"国际标准"的主张。它要求给予外国人的待遇不得低于"文明世界"的"国际标准"或"最低标准"，否则就要负国际责任。这种所谓"国际标准"，实质上就是西方国家的标准，它不过是西方国家在其他国家谋取特权的借口。

三、外国人的入境、居留和出境

（一）入境

根据国家主权原则，国家是否允许外国人入境以及在什么条件下允许外国人入境，是其自由裁量的事项。国家没有允许外国人入境的义务。由于国际交往的需要，各国一般不禁止外国人为合法目的的入境，条件是互惠并要求持有护照和办理签证手续。有些国家通过协议互免签证。

国家为了自身安全和公共利益，有权拒绝下列几类外国人入境：传染病患者、精神病患者、刑事罪犯和从事不正当职业者。但是，国家不得实行歧视性的限制或禁止外国人入境，如只限制某一特定国家的人入境或只禁止某一种族的人入境。1882年，美国制定了第一个种族歧视的移民法，规定以10年为期禁止一切华工入境。1904年美国国会又通过法律，规定无限期地禁止华工入境。这些法律都是属于歧视性的法律文件，因而是违反国际法的，因此受到了国际舆论的谴责。①

（二）居留

是否允许外国人居留，也是一国自行决定的事。任何国家不能主张其国民有

---

① 参见周鲠生：《国际法》，上册，276～277页。

在他国领土上居住的权利，任何外国人也没有要求接受国必须准予其居留的权利。外国人合法进入一国境内后，可根据所在国的法律和有关国际条约，在该国短期、长期或永久居留。外国人在居留国的权利和义务由该国法律规定。按照国际实践，外国人的民事权利，包括人身权、财产权、知识产权、受教育权、婚姻家庭权、继承权和诉讼权等，一般受居留国的保护。外国人必须遵守居留国的法律，交纳捐税，接受居留国的属地管辖。

（三）出境

在国际法上，国家虽无必须允许外国人入境的义务，但对于在其境内的外国人亦无禁止其离境的权力。不过，国家通常对外国人的离境规定某些条件，一般要求办理出境签证，付清捐税或债务，了结民事、刑事诉讼。对于合法出境的外国人，应允许其按照居留国法律规定带走合法财产。

一国不得禁止外国人合法离境，但在特定情况下可以限令外国人离境，或将其驱逐出境。不过，此项权利不得滥用。

四、外国人在中国的法律地位

自鸦片战争开始，帝国主义列强强加大量不平等条约于中国，使外国人在华享有领事裁判权等各种特权。外国人在长达一个多世纪的时期内，在华始终处于特权地位。[①] 新中国成立以后，人民政府立即采取有力措施，对于在华的外国人，根据不同情况予以区别对待：对于破坏中国革命和建设的帝国主义分子予以坚决打击；对于违法的外国人依法予以处理；对于守法的外国人依法予以保护，对于一般外侨在生活上尽量予以照顾；对于从事革命或进步事业而受到迫害的外国人，给予居留的权利。

目前，凡依《中华人民共和国国籍法》不具有中国国籍的人，即是在中国境内的外国人。享有外交和领事特权以外的一般外国人的法律地位，由我国《宪法》、《外国人入境出境管理法》及实施细则、《外国人在中国永久居留审批管理办法》、《民法通则》、《民事诉讼法》、《刑法》、《外汇管理条例》、《个人所得税法》及其他有关法令加以规定。

根据中国有关法律，外国人入境、过境和在中国境内居留，必须经中国政府主管机关许可。外国人入境、出境、过境，必须从对外国人开放或者指定的口岸

---

① 参见［奥］菲德罗斯：《国际法》，下卷，李浩培译，443～444页，北京，商务印书馆，1981。

通行，接受检查和监护。外国人入境应提出申请，提供有效护照和有关证件，办理签证，被认为入境后可能危害中国国家安全、社会秩序的外国人不准入境。外国人在中国居留，必须持有中国政府主管机关签发的身份证件或居留证件，在规定时间内申请办理居留登记、申报户口、缴验证件。在中国境内变更居留地点，必须办理迁移手续。外国人持有效签证或居留证件，可以前往对外国人开放的地区旅行；若前往不对外国人开放的地区旅行，必须申请旅行证件。对于不遵守中国法律的外国人，中国政府主管机关可以缩短其在中国停留的期限或取消其在中国居留的资格。外国人出境，凭本人有效护照或其他有效证件。刑事案件的被告人或犯罪嫌疑人；民事案件尚未了结；其他违反中国法律的行为需受追究，有上述情形之一的外国人不准出境。对于持无效出境证件或他人出境证件或伪造或涂改的出境证件的外国人，中国检查机关有权阻止其出境。此外，携带外汇、贵重金属及其制品和人民币外汇票证的外国人，入境时须向海关申报，出境时须有中国银行证明或原入境时的申报单。人民币的有价凭证不得携带出境。外国人一般不准携带枪支、弹药入境；经批准携带枪支、弹药入境、过境、出境的，必须依法办理手续。

根据我国宪法及其他法律，外国人在华的正当权益，包括人身、婚姻家庭和受教育的权利，外国人的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料的所有权等，均受到保护。在机关、学校、国有和集体企业事业单位工作的外籍职工与中国职工同工同酬，在劳动保护、退休、退职等方面享受与中国职工同等的待遇。外国人可以在华投资，其合法权益受到保护，并依法享受优惠待遇。外国人在中国法院起诉应诉，享有与中国公民同等的诉讼权利并承担同等的诉讼义务。但外国人在中国没有选举权和被选举权，不得参加中国的党派和政治活动，也不承担服兵役的义务。外国人在中国居留期间，必须遵守和服从中国法律规章，不得危害中国国家安全、损害社会公共利益、破坏社会公共秩序。外国人在中国犯罪，按照中国法律处罚；外国人在中国领域外对中国国家或公民犯罪，若该人在中国境内，也依中国法律处罚。

第三节　外交保护

在国际法上，与外国人地位问题有关，同时也与国家对外国人侵害的责任问



题有关的，是外交保护问题。

一、外交保护的概念与性质

主权国家根据其属人优越权，具有对本国在外国的侨民进行保护的权利。外交保护是指一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成损害，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国责任得到履行。[①] 国家行使外交保护的方式可以是询问其他国家关于某一特定事件的事实，或要求解释，或提出抗议，或要求惩处侵害者，或要求对受害的本国国民予以赔偿，或其他和平解决程序等。

在国家与其国民的关系的意义上，国家有对其国民行使外交保护的责任。各国驻外国的使、领馆的职务之一，就是护侨。但是，在国家之间关系的意义上，外交保护实质上是国家的权利。因为，一旦国家代表本国国民进行外交交涉或提起国际诉讼或仲裁，原来一国国民与外国国家间的关系就转变成国家之间的关系。所以，外交保护制度本质上是处理国家之间关系的制度。国家可以纯粹为其国民的私人利益行使外交保护，也可以为其本身的利益行使这种权利。在具体案件中，是否行使外交保护，由国家自由裁量。个人虽然有权要求国家对他进行外交保护，但国家却可以不行使这种权利；反之，即使个人不要求国家的外交保护，国家也可行使这种权利。

二、外交保护行使的条件

国家行使外交保护有三个先决条件：

第一，一国国民在外国受到的损害是由该外国的国际不法行为所致。

第二，请求国能证明受害者为其本国国民。这在国际法上被称为“国籍持续原则”[②]，也就是从发生损害之日到正式提出求偿之日持续为请求国国民。由于存在国籍的抵触，该条件的实施较为复杂。双重国籍人则产生两个问题：(1) 哪个国家能对第三国提出请求？(2) 一个国籍国能否对另一国籍国提出请求？关于第一个问题，两个国籍国都能提出请求，第三国不得援引其一国籍对抗另一国籍

① 参见2006年《外交保护条款草案案文》第1条。

② [英] 劳特派特修订：《奥本海国际法》，王铁崖、陈体强译，上卷，第1分册，259页，北京，商务印书馆，1981。

国的请求。关于第二个问题，一国籍国不能对另一国籍国提出请求，除非在发生伤害和正式提出请求时前一国家的国籍是主要的。[①]

第三，用尽当地救济，即国家在为受侵害的本国人提出外交保护之前，该受害人必须首先用尽所在国法律规定的一切救济方法，包括行政或司法救济手段，除非依条约的规定排除了当地救济。用尽当地救济只是程序性的而非实质性的，如果进一步的地方救济已毫无意义，一国侵害外国人的国际责任随之产生，该外国人的本国可以诉诸外交保护。

三、外交保护问题的新发展

关于外交保护问题，国际法上除已有不少相关的公约和大量的理论以外，还有许多国家实践和国际司法判决。然而，这些关于外交保护的理论和实践，相互之间又存在不一致甚至矛盾的地方。鉴于此，联合国大会根据《联合国宪章》第13条关于“逐渐发展与编纂”国际法的规定，于1996年通过第51/160号决议，邀请国际法委员会审议“外交保护”这一议题。因此，国际法委员会于1996年成立了工作小组，以澄清“外交保护”的适用范围，确定与“外交保护”相关的问题。

在国际法实践中，外交保护有不少新问题。比如，按照传统理论，只要当一国国民在国外受到不法行为侵害，并在穷尽所有国内司法程序时，就可以要求通过外交途径向该外国要求适当救济。这里，“国籍”是个重要的因素。然而，有的人具有两个或两个以上的国籍，因此产生国籍的抵触；有的人又属于无国籍人或难民，似乎在法律上不能得到国家的保护。此外还有些实际问题，如：一个国家能否对在该国注册的飞机或轮船上的人行使“外交保护”？一个国家在它临时行使管辖权的领土上能否行使“外交保护”？由于国际人权法的发展，国家行使“外交保护权”是否只能针对本国公民？对其他的人是否也应行使“外交保护”？等等。所有这些问题，在国际法委员会对这一专题的讨论中都被提了出来。

2006年，国际法委员会最后通过了19个条款的条款草案案文。除了对“外交保护”的定义和适用范围作出规定以外，还就自然人和法人的国籍、当地救济和船舶的船员等作出了规定。例如，对于具有两个或两个以上国籍的人，该自然人所属的这些国家都可以对他（她）行使外交保护权（第6、7条）；对于无国籍人或难民，该自然人合法的惯常居住地国家可以行使外交保护权（第8条）。

---

① 参见2006年《外交保护条款草案案文》第6、7条。

毫无疑问，国际法委员会在这一问题上的成功编纂，必将对外交保护国际法制度的确定作出积极的贡献。

四、"卡尔沃主义"和"卡尔沃条款"

针对19世纪帝国主义、殖民主义强国滥用外交保护权，动辄借口保护本国侨民权益而对拉美国家进行干涉，阿根廷著名国际法学家卡尔沃于1868年在其《国际法的理论与实践》一书中提出，外国人在美洲国家有与当地国民受同等保护的权利，而不应要求更大的保护；外国人受当地法律的管辖，当其受到损害时，应由当地法院解决。外国的干涉，事实上无异于为外国人创造了过分的特权，只能片面有利于强国而有害于弱国。这不仅使外国人与本国人处于不平等的地位，而且侵害了当地国家的属地优越权。此即"卡尔沃主义"（Calvo doctrine)。其后，拉美国家要求它们与外国人订立的契约（主要是投资契约）中载入这样一个条款，即外国人同意由于契约所发生的任何要求或争议由当地法院处理，不作为"国际求偿"的问题，从而表示了放弃其本国外交保护的意思。国际法上将这一条款称为"卡尔沃条款"。

对于"卡尔沃条款"，现今国际法学界公认，即使外国人在契约中作了不请求本国保护的承诺，它也不能禁止外国人的本国行使外交保护权，因为该权利应由国家自由裁量行使。事实上，该条款也不是旨在反对外国人的本国正当行使外交保护权，而是旨在限制外国人倚仗本国的外交压力，藐视当地法院和法律，满足其过分要求的行为。拉美国家也承认在构成"司法拒绝"的情况下，外交保护是允许的。因此，"卡尔沃主义"的积极意义基本上为国际社会所肯定。

第四节 引渡和庇护

一、引渡

引渡是指一国把在该国境内而被他国追捕、通缉或判刑的人，根据有关国家的请求移交给请求国审判或处罚。

引渡是国家间的一种司法合作行为。在国际法上，国家没有引渡的义务，除

非条约另有规定。一国是否接受他国的引渡请求，在没有条约义务的情况下，由被请求国自行决定。国家之间一般通过国内立法或缔结双边条约、多边条约规定引渡问题。最早的国内立法是1833年《比利时引渡法》。双边条约则不胜枚举。多边引渡公约有1933年《美洲国家间引渡公约》和1957年《欧洲引渡公约》，此外还有一些国际公约含有引渡条款，如1997年《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》、2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》[①] 和2003年《联合国反腐败公约》等。在各国引渡法、国家间的引渡条约以及国际引渡实践的基础上，1990年12月联合国大会通过了《引渡示范条约》，确定了有关引渡问题的一般规则。

1. 请求引渡的主体

请求引渡的主体即有权请求引渡的国家。一般有罪犯国籍所属国、犯罪行为地国、受害国即犯罪结果发生地国。当发生这三类国家中数个国家为同一罪行或不同罪行请求引渡同一人时，被请求国应斟酌决定接受哪一个国家的请求。

2. 引渡的对象

引渡的对象即被请求国指控为犯罪或判刑的人。他可以是请求国的国民、被请求国的国民或第三国的国民。通常，各国都拒绝引渡本国国民，此即“本国国民不引渡原则”。只有英、美等国有少数相反的实践。

3. 可引渡的犯罪

可引渡的犯罪一般是普通刑事犯罪，且必须是请求引渡国和被请求引渡国都认定为犯罪的行为，这叫“双重犯罪原则”或“相同原则”。《引渡示范条约》还规定，可引渡的犯罪行为系指按照缔约国双方法律规定可予监禁或以其他方式剥夺其自由最长不少于12年或应受到更为严厉惩罚的行为；如果因为执行监禁或其他剥夺自由的判决而引渡，则在其未服刑期至少有46个月时方可准予。政治犯罪、宗教犯罪或犯罪行为系军法范围内的罪行是拒绝引渡的强制性理由。

政治犯不引渡是法国资产阶级革命以后形成的一项国际习惯规则。1793年法国宪法规定，法国给予为争取自由而从本国逃亡到法国的外国人以庇护。1833年《比利时引渡法》规定禁止引渡政治犯。1834年法国和比利时订立条约规定政治犯不引渡。后来，政治犯不引渡原则为各国所普遍接受。但是，各国对政治犯的含义和范围，历来解释不一；在实践中，是否属于政治犯，由被请求引渡国家决定。但战争罪、灭绝种族罪、腐败罪等不应视为政治罪，可以引渡。

---

① 该公约于2003年9月29日生效。我国于2003年8月27日批准该公约。

4. 引渡的程序

《引渡示范条约》规定，引渡请求应以书面方式提出。请求书、佐证文件和随后的函件应通过外交渠道在司法部或缔约国指定的任何其他当局之间直接传递。引渡请求书应附有一些必要的证明材料。[①] 被请求国应依其国内法程序处理引渡请求。引渡请求需经被请求国的主管司法和行政机关分别进行司法审查和行政审查，然后作出是否引渡的决定。被请求国应迅速将决定通知请求国。无论全部或部分拒绝请求，均应说明理由。请求被接受，由请求国和被请求国安排移交罪犯的时间、地点、条件和交接方式。[②]

5. 引渡的效果

《引渡示范条约》规定，请求引渡国只能就其请求引渡的所指控的犯罪行为对该被引渡者进行审判和处罚。至于被引渡者能否由请求引渡国再次引渡到第三国，如请求引渡所涉罪行本身根据该条约应予引渡，则应予同意；但不得以原准予引渡所依据的犯罪行为或原被请求国同意的任何其他罪行之外的任何罪行进行再引渡。

6. 中华人民共和国的引渡实践

在新中国成立后，由于我国当时所处的国际环境和经济发展的实际状况，在相当长的一段时期内与外国没有发生引渡问题。

改革开放以来，我国与有关国家在惩治犯罪的刑事司法方面的合作日益增多，同时我国缔结或参加的涉及引渡条款的国际条约也越来越多，因此，我国处理的引渡案件逐渐增加。1993 年，中国和泰国签订了引渡条约，这是新中国与外国签订的第一个专门性引渡条约。此后，中国还与俄罗斯、韩国、法国、秘鲁和南非等国家签订了双边引渡条约。2000 年 12 月，《中华人民共和国引渡法》（以下简称《引渡法》）颁布并实施。这是我国进行中外引渡合作的基本法。

《引渡法》由总则、外国向我国请求引渡、我国向外国请求引渡和附则四个部分组成，分别规定了引渡的原则、条件、程序、审查机关和执行等。

（1）引渡的原则。

中外引渡合作应在平等互惠的基础上进行，并不得损害我国主权、安全和社会公共利益。中外引渡应通过外交途径联系。我国外交部为指定的进行引渡的联系机关。但是，如果引渡条约对联系机关有特别规定的，依照条约规定。

（2）外国向我国请求引渡。

外国向我国提出的引渡请求，只有在同时符合下列两个条件时才准予引渡：

---

① 参见《引渡示范条约》第 5 条。

② 参见《引渡示范条约》第 5、10、11 条。

第一，引渡请求所指的行为，按照我国法律和请求国法律均构成犯罪。第二，为提起刑事诉讼而请求引渡的，引渡请求所指控的犯罪必须依双方的法律均可判处1年以上有期徒刑或者其他更重的刑罚；为执行刑罚而请求引渡的，在提出引渡请求时，被请求引渡人尚未服完的刑期至少为6个月。我国有关主管机关在审查引渡请求时，可基于法定情况拒绝引渡。这些情况有两类：一是"应当拒绝引渡"的情形；二是"可以拒绝引渡"的情形。前者包括：被请求引渡人具有我国国籍，政治犯或我国已给予受庇护权利的，军事犯罪，可能因种族、宗教、国籍、性别、政治见解或者身份等原因而被提起刑事诉讼或者执行刑罚，我国已对指控的犯罪作出生效判决或者已经终止刑事诉讼程序，被指控犯罪已过追诉时效或被请求引渡人已被赦免，被请求引渡人曾经或可能遭受酷刑，以及根据缺席判决提出引渡请求等。后者包括：我国对引渡请求所指控的犯罪具有刑事管辖权，并且正在进行刑事诉讼或者准备提起刑事诉讼；由于被请求引渡人的年龄、健康等原因，根据人道主义原则不宜引渡的。

请求国请求引渡必须出具请求书，并提供逮捕证或生效法律判决书或裁定书的副本以及必要的犯罪证据或者证据材料，而且，请求国还须保证：1）不对被引渡人在引渡前实施的其他未准予引渡的犯罪追究刑事责任，也不将该人再引渡给第三国。2）承担因撤销、放弃引渡请求或引渡请求错误而给被请求引渡人造成损害的责任。如果两个以上国家就同一行为或者不同行为请求引渡同一人，应当综合考虑我国收到引渡请求的先后、我国与请求国是否存在引渡条约关系等因素，确定接受引渡请求的优先顺序。

引渡审查由外交部、最高人民法院和国务院进行。外交部在收到请求国提出的引渡请求后，对引渡请求书及其所附文件、材料是否符合《引渡法》和引渡条约的规定进行形式审查。如果符合规定，外交部则将引渡请求书及其所附文件和材料转交最高人民法院。最高人民法院指定高级人民法院对引渡请求是否符合《引渡法》和引渡条约关于引渡条件等规定进行审查并作出裁定，最后由最高人民法院复核。最高人民法院裁定符合引渡条件的，由外交部报送国务院决定。国务院在必要时，可授权国务院有关部门决定。

引渡拘留、引渡逮捕、引渡监视居住和引渡执行等由公安机关进行。

（3）我国向外国请求引渡。

我国向外国请求引渡通过我国外交部进行。在紧急情况下，在向外国正式提出引渡请求前，可以通过外交途径或者被请求国同意的其他途径，请求外国对有关人员先行采取强制措施。引渡、引渡过境或者采取强制措施的请求所需的文书、文件和材料，应当依照引渡条约的规定提出；在没有引渡条约或者引渡条约

没有规定时，可依《引渡法》有关规定提出；被请求国有特殊要求的，在不违反我国法律的基本原则的情况下，可以按照被请求国的特殊要求提出。如果被请求国就准予引渡附加条件，对于不损害我国主权、国家利益和公共利益的，可以由外交部代表我国政府向被请求国作出承诺；对于限制追诉的承诺，由最高人民检察院决定；对于量刑的承诺，由最高人民法院决定。

二、庇护

（一）庇护的概念

一般所称之庇护，是领土庇护，它指国家对于因政治原因而被外国追诉或受迫害而来避难的外国人，准其入境和居留，并给予保护。

庇护是国家的主权行为，给予庇护的权利是从国家的属地优越权引申出来的。一国对在其领域内的外国人有管辖和保护的权利，外国就不能对在所在国领土内的本国人继续进行追诉或追捕。但一国对外国人也可以不予庇护。个人可以请求庇护，是否给予则由被请求国自由决定。因此，庇护的主要根据是国内法，许多国家的宪法均含有庇护条款，如1982年我国《宪法》第32条规定："中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人，可以给予受庇护的权利。"

（二）庇护的对象

庇护的对象主要是政治犯，所以庇护又称政治避难。它是在政治犯不引渡的基础上发展起来的。但庇护不仅是不引渡，还包括不予驱逐和准其居留，而且庇护的对象也超出通常意义的政治犯，包括从事科学和创作活动而受迫害的人。第二次世界大战以来的一些国际文件，明确将某类人排除在庇护的对象之外，例如，1948年《世界人权宣言》规定，对于真正由于非政治性的罪行或由于违背联合国的宗旨和原则的行为而被起诉的人，不得予以庇护。

1967年联合国大会通过《领域庇护宣言》，建议各国在办理庇护事宜时，遵循如下原则：（1）一国行使主权，对有权援用《世界人权宣言》第14条之人，包括反抗殖民主义之人，给予庇护时，其他各国应予尊重。（2）凡有重大理由可认为犯有国际文书设有专条加以规定之危害和平罪、战争罪或危害人类罪之人，不得援用请求及享受庇护之权利。（3）庇护之给予有无理由，由给予庇护的国家斟酌决定。（4）给予庇护的国家不得准许享受庇护之人从事违反联合国宪章宗旨与原则之活动。（5）在一国难以给予或继续给予第一项中所述之人庇护时，其他

国家本着国际团结精神，应各自，或共同，或经由联合国，考虑采取适当措施，以减轻该国之负担。(6) 对于第一项中所述之人，不得使受诸如下列之处置：在边界予以拒斥，或于其已进入请求庇护之领土后予以驱逐或强迫遣返其可能受迫害之任何国家。唯有因国家安全之重大理由，或为保护人民，例如遇有多人大批涌入之情形时，始得对上述原则例外办理。倘一国于任何案件中决定有理由按例外办理，该国应考虑能否于其所认为适当之条件下，以暂行庇护或其他方法予关系人以前往另一国之机会。

(三) 庇护的发展和实践

国际法在庇护方面的规定，与国际社会存在不同的社会制度和意识的现实，是紧密相关的。在传统国际法上，尤其是在国际形势处于“冷战”时期，庇护的概念和实际运用都显得比较重要。自“冷战”结束以后，东、西方在意识形态方面的争斗比以前明显减弱，相互之间在如何维护世界和平与安全问题上的共同点，也都比以前多。尽管如此，庇护仍然是现行国际法中的一个制度。

就以国际社会共同惩治如腐败等犯罪行为为例，尽管打击这些犯罪行为已成了保障整个国际社会安全与和平的需要，为此国际社会制定通过了诸如《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》这样的法律文件，但在这些文件中，在规定有关于引渡罪行的同时，也还有关于庇护方面的原则性规定。

比如，2003年《联合国反腐败公约》第44条关于“引渡”的条款规定：“如果被请求国有充分的理由认为提出引渡的要求是为了以某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔或者政治观点为理由对其进行起诉或者处罚，或者按请求执行将使该人的地位因上述任一原因而受到损害，则不得对本公约的任何条款作规定了被请求国引渡义务的解释。”这里关于因“政治观点”的人不得被引渡的规定，其实就是表明：对于因政治原因而被外国追诉或受迫害而来避难的外国人，一国可以准其入境和居留，并给予保护。所以，国际法上关于庇护的制度和规定，并没有因为“冷战”的结束而失去它的意义。

【课堂讨论案例】

巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司（以下简称巴塞罗那公司）是一家控股公司，1911年成立于加拿大多伦多市，其总部、账户及股份登记册均设在该市。第一次世界大战结束以后，除第二次世界大战期间的一段时间外，巴塞罗那公司

的大部分股份一直为比利时国民所拥有。第一次世界大战结束以后，巴塞罗那公司发行了几批债券，但由于西班牙的外汇管制，导致债券不能偿付，最后巴塞罗那公司被西班牙法院宣告破产，导致许多人利益受损。1958 年比利时向国际法院提起针对西班牙的诉讼，要求西班牙赔偿比利时股东的损失。法院经审理驳回了比利时的诉讼请求，认为公司和股东具有不同的财产权利，按照国际法和国内法的一般规则，只有公司的国籍国可以提出赔偿请求。因此，股东的国籍国比利时无权针对公司行使外交保护权。国际法院在本案中拒绝了“诺特鲍姆案”的类推适用，认为该案提出的问题和作出的决定和本案没有什么相似之处。

请结合本章内容，思考下列问题：

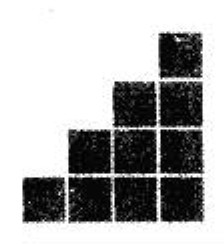
（1）国家在为本国国民提出外交保护之前，受害人是否必须首先用尽居留国法律规定的一切救济方法?

（2）“用尽当地救济”一语的基本含义是什么?

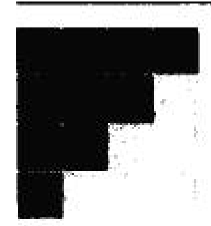
（3）国际法院在巴塞罗那公司一案裁决上的意义是什么?



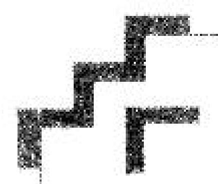




第五章



国际人权法



本章概要

国际人权法是一个新的、发展中的国际法部门，其原则、规则和制度主要体现在核心国际人权公约中。《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》及其两个任择议定书构成"国际人权宪章"。国际人权法的实施通过国际和国内两个层面。国际实施在于国际监督与国际合作，其运行机制是国际人权机构及有关实施程序或制度。国内实施在于国家采取尊重和保护人权所必要的立法、司法、行政或其他措施。

关键术语

人权　国际人权宪章　克减权　人权理事会　特别程序　人权条约机构　普遍定期审查　报告程序　个人申诉程序　人权理事会申诉程序

第一节　概　述

一、人权与国际人权法的概念

人权是一个历史的、发展的概念，不同时代、不同阶级、不同国家，对人权的理解和要求不尽相同。通常认为，人权是一个人作为人所享有或应享有的基本权利。在国际法上，对人权概念的认识不能全部限于个人的权利，还应该包括国家和团体的权利。所以，国际法上的人权是指经国际人权条约规定或联合国大会决议所宣示予以保护的基本权利。[①] 这种人权具有如下主要性质：

（1）普遍性和平等性。人权是一种为所有国家的所有人所拥有的权利，具有广泛性和普遍性。除法律的限制外，人人平等享有人权和基本自由，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政见或其他主张、民族本源或社会阶级、财产、出生

① 参见余民才、程晓霞编著：《国际法教学参考书》，92页。

或其他身份等，并不得歧视。

（2）相对性。人权不是一种绝对的权利，它本身包含有相互尊重、包容与容忍的性质。人权是人的权利和义务的辩证统一。有关国际人权条约明确规定，人权要受法律规定或保障公共安全等必要的限制。1998年《个人、群体和社会机构在促进和保护普遍公认的人权和基本自由方面的权利和义务宣言》（即“人权卫士宣言”）在宣示权利的同时，明确规定了个人、群体、机构或非政府组织应当承担的义务。

（3）特殊性与渐进性。人权的实现具有特殊性，即普遍性人权要通过不同地区和国家的人权实践和形态来实现。各国对人权的理解和所面临的人权问题有所不同，因而在促进和保护人权的项目的轻重缓急以及方式、方法和形态上必然存在差异。国际上不可能有绝对统一的人权模式和具体标准。渐进性表现为人权的实现要受社会物质条件的制约。1966年《经济、社会、文化权利国际公约》第2条规定，缔约国承允“尽最大能力个别采取步骤或经由国际援助和合作……逐渐达到本公约中所承认的权利的充分实现”。

国际人权法（或称国际人权保护）是指有关尊重、促进和保护人权的国际法原则、规则和制度的总称。广义的国际人权法还包括在战争或武装冲突中保护平民、战斗员以及受难者的原则、规则和制度。这部分被称为国际人道法的法律规范通常在战争或武装冲突法中涉及。国际人权法的内容主要有两个方面：一是关于人权的权利范围，这是人权保护的国际标准；二是关于人权保护的实施机制或程序。

国际人权法是国际法的一个崭新部门。与国际法的其他部门相比，它具有显著特点：（1）国际人权法所规定人权的享受者主要是个人，国家并不像在其他国际条约中那样成为国际法权利的直接受益者，而主要是义务承担者，即国家在国际法上承担承认、尊重、促进并保护法定人权和基本自由的义务和责任。正是这个缘故，按照亨金的说法，个人只是国际人权公约的缔约国之间的权利和义务的“偶然受益者”①。（2）国际人权法还处在一种尚未成熟的阶段，其权利的性质更具有道德和理想的超前意义。② 不仅在相当部分人权问题上迄今只有宣言、声明、准则或原则之类的文书，而且法定人权规则的效力有限。就人权条约来说，它只对缔约国有拘束力。而国家在接受时往往附加种种保留、声明或谅解。在国

---

① 白桂梅：《“国际人权法”的几个理论问题》，载《和平、正义与法》，3087页，北京，中国国际广播出版社，1993。

② 参见龚刃韧：《关于人权与国际法若干问题的初步思考》，载《中外法学》，1997（5）。

内法上，不仅几乎所有国家都不承认国际条约优越于本国宪法，而且相当多的国家甚至认为国内法优越于或等同于条约。至于国际人权法中哪些属于对各国具有一般效力的国际习惯，并不存在一个统一的标准。(3) 人权问题与国际政治紧密相连，它常常成为西方国家推行人权外交、攻击他国或施加压力的政治武器。国际人权政治化的主要表现是发达国家与发展中国家的对立和斗争以及双重人权标准。

二、国际人权法的历史发展

国际人权法的形成与发展在很大程度上渊源于国内人权理论与实践。17、18世纪，欧美新兴资产阶级为反对中世纪的神权和封建贵族、僧侣的特权，提出了“天赋人权”的思想，主张人生而具有不可剥夺的基本权利。以1776年美国《独立宣言》[①] 和1789年法国《人权和公民权利宣言》以及这些国家国内法的确认为标志，人权正式成为国内法的一项原则和制度。

19世纪，与人权保护有关的近代国际法开始发展，在保护少数者、禁止奴隶贸易和战争法上的人道规则方面出现了国际条约、公约或宣言。第一次世界大战以后，人权的国际保护取得长足进展。除属于人权的传统方面继续受到国际上的重视和关切外，国际组织的保障机制开始建立。在保护少数者方面，1919年对奥地利和约、对保加利亚和约、1920年对匈牙利和约等都把对这些国家内的少数民族的保护列为专编，规定了少数民族的一些权利和基本自由。国际联盟在实践中建立了对少数者实施保障的一套制度及其程序，如请愿制度和少数者委员会。在禁止奴隶制度方面，国际联盟主持制定了1926年《国际禁奴公约》。该公约责成各缔约国防止和惩罚奴隶贩卖，并逐步且尽速完全废除一切形式的奴隶制度。在国际劳工保护方面，设立了国际劳工组织。该组织在第二次世界大战前通过的有关保护劳工的公约达67个[②]，涉及保护妇女、儿童，限定工作时间，禁止强迫劳动和解决失业等问题。一些知名国际法学者开始宣扬“国际人权保护”，并且倡导“国际法必须像国内法一样，直接用于个人”。但整个说来，直到第二次世界大战结束之前的这段时间，人权并没有被承认为国际法上的一项原则。亨金指出，那时“虽然有人道主义的结果，但其动机主要是政治性的而不是理想主

① 马克思称之为“第一个人权宣言”。

② 参见王铁崖主编：《国际法》，198页。

义的"①。

第二次世界大战后，人权全面进入国际法领域。首先载入人权条款的是《联合国宪章》，其序言开宗明义："欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸，重申基本人权，人格尊严与价值，以及男女与大小各国平等权利之信念"。宪章第1条第3款规定，联合国的宗旨之一是，"不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重"。大会应发动研究并作成建议，以助成全体人类的人权和基本自由的实现。促进对这些权利和自由的"普遍尊重与遵守"，是联合国在国际经济和社会合作方面的宗旨之一，是创造"国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之和平友好关系所必要之安全及福利"的一个前提。为了这个目的，联合国经济及社会理事会经授权作出各种建议，以"增进全体人类之人权及基本自由之尊重与维护"。经济及社会理事会被特别授权设立一个促进人权的委员会。最后，"提倡全体人类之人权及基本自由之尊重"被宣告为宪章所建立的国际托管制度的基本目的之一。

《联合国宪章》中关于人权的条款是一般性的。它们既没有关于人权和基本自由的确切定义，也没有实施人权保障的具体措施。宪章第56条规定各会员国同联合国在促进人权和基本自由上进行合作的义务，然而宪章没有明文规定各国遵守人权和基本自由的法律义务。由此宪章中的人权条款的法律性质在理论上引起不同意见。② 尽管如此，一个普遍性国际公约就尊重与遵守人权第一次予以明确规定，其重大法律意义是毋庸置疑的，它们构成联合国在人权领域进行活动的法律基础。

为实现联合国尊重和促进人权的宗旨，联合国主持制定了一系列有关人权的宣言、决议和公约。1948年12月10日，联合国大会以48票赞成、零票反对、8票弃权通过了《世界人权宣言》。③ 1966年，联合国通过了《经济、社会、文化权利国际公约》④ 和《公民权利和政治权利国际公约》及其任择议定书⑤，它们标志着国际人权法已初步形成。这三个法律文件连同《世界人权宣言》和1989年《旨在废除死刑的〈公民权利和政治权利国际公约〉第二任择议定书》被誉为

---

① 转引自王铁崖主编：《国际法》，199页。

② 参见王铁崖主编：《国际法》，201～202页。

③ 这一天因此被联合国定为国际人权日。

④ 该公约于1976年1月3日生效。截至2007年10月11日，该公约的缔约国有157个。我国于2001年2月28日批准该公约。

⑤ 该公约和议定书均于1976年3月23日生效。截至2007年7月20日，该公约的缔约国有160个，第一议定书的缔约国有110个。我国于1998年10月5日签署该公约。

"国际人权宪章"。此外，联合国还主持制定了众多专门性公约，使已经形成起来的国际人权法得到充实和发展。

与此同时，区域性国际组织也积极展开人权保护，通过了有关人权公约，如欧洲国家在1950年和1961年分别通过了《欧洲人权公约》和《欧洲社会宪章》；美洲国家在1969年通过了《美洲人权公约》；非洲统一组织在1981年通过了《非洲人权和人民权利宪章》。所有这一切表明，人权在第二次世界大战后得到国际社会的普遍重视，形成了有关人权保护的条约体系，因而国际人权保护也被认为是第二次世界大战后国际法上发展最迅速、最显著的领域之一。

三、国际人权保护与国家主权和不干涉内政原则

国际人权保护是指国家和国际组织根据国际人权条约，为实现基本人权的某些方面承担特定的或普遍的国际合作义务，并对违反国际人权条约义务、侵犯人权的行为加以防止和惩治的活动。主权原则是处理国际关系最基本的原则，自然也是国际人权保护应遵守的原则。人权在本质上属于一国主权范围内的问题。个人的权利主要通过国家来保障和实现，亦即保护人权的主要责任在于主权国家。各主权国家有权根据本国国情选择人权的实现模式和发展道路。国际人权保护实质在于国际法提供国家尊重、促进和保护人权的合作机制与程序。离开国家，不可能解决任何人权问题。没有国家之间的合作，人权的促进和保护也就无从谈起。因此，没有国家主权，人权也就无法得到切实保障和实现。所以，国际法上人权原则的确立绝不意味着人权高于主权。任何国家不得利用人权问题干涉他国内政，强行推行自己的社会、政治制度、发展模式和价值标准。许多国际文件一再重申，任何国家或国家集团均无权以任何理由直接或间接干涉任何其他国家的内政或外交事务。"人权无国界"或"人权高于主权"的理论混淆了人权的本质，夸大了二者的对立，实际上是为干涉政策服务的理论工具。

同时，人权具有国际性，主权也不能成为国家无视国际人权义务、侵犯人权的盾牌。对于一国境内发生的系统地、大规模地侵犯人权事件，国际社会不应置若罔闻，而应予以积极关注。国际人权保护不仅包括在实现基本人权方面进行合作与保证，而且包括对侵犯人权的行为加以防止与惩治。人权在本质上属于国内管辖之事项不意味着人权完全排除了国际法的干预。《联合国宪章》第2条第7款明确规定了不干涉原则的例外，即当国内管辖之事件危及国际和平与安全时，安理会可依宪章第七章采取执行办法。而危及国际和平与安全可能与严重侵犯人权密切相关，如种族隔离、种族灭绝或种族清洗等。国际社会对一国境内的这类

人道灾难进行的交涉或干涉，不应视为对该国内政的干涉，该国不得以内政为借口来抵制国际人权保护机制的实施和逃避因严重侵犯人权所必须承担的国际责任。

因此，国际人权保护与主权原则和不干涉内政原则是辩证统一、密切联系的，不是截然对立的。一方面，主权原则和不干涉内政原则是国际人权事业健康发展、人权保护切实有效的基础[①]；另一方面，主权原则和不干涉内政原则不能成为对抗国际人权保护措施的依据。

第二节 国际人权的内容

国际人权的内容如何归纳，有不同的角度。一种采用“代”的概念，依人权概念的发展将人权分为“三代人权”：第一代人权是“自由权”，即公民权利和政治权利；第二代人权为“平等权”，即经济、社会和文化权利；第三代人权是“集体人权”或“新一代人权”，即自决权、发展权和环境权等。另一种依国际人权文书的效力范围来归纳，分为联合国人权文书和区域性人权文书，并将联合国人权文书依性质和内容排列成体系。主导的是依联合国人权文书而形成的国际人权法的体系和内容。[②]

对人权作“代”的划分是有意义的，它有助于对人权保护的性质的认识和理解。“三代人权”不是分离的，而是紧密相连和相互依存的。1968年《德黑兰宣言》指出：“人权及基本自由不容分割，若不同时享有经济、社会及文化权利，则公民、政治权利决无实现之日。”同时，按国际人权文书来界定人权的内容是适当的，因为国际人权的宣示主要来自于国际人权文书。其中，《经济、社会、文化权利国际公约》(ICESCR)、《公民权利和政治权利国际公约》(ICCPR)、《消除一切形式种族歧视国际公约》(ICERD)、《消除对妇女一切形式歧视公约》(CEDAW)、《儿童权利公约》(CRC)、《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(ICRMW)、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(CAT)、《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(ICED)和《残疾人权利公

① 参见中俄《关于21世纪国际秩序的联合声明》，载《人民日报》，2005-07-02。

② 参见余民才、程晓霞编著：《国际法教学参考书》，93页。



约》（CRPD）构成核心国际人权条约。

一、国际人权宪章

国际人权宪章不仅宣布了人权的共同标准，而且成为各专项人权发展的基础。

（一）《世界人权宣言》

《世界人权宣言》由序言和30条条文组成。该宣言的序言指出："对于人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认，乃是世界自由、正义与和平的基础。"以这一思想为指导，该宣言第1条规定："人皆生而自由，在尊严和权利上一律平等。"第2条进一步规定了平等和非歧视原则，即"不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政见或其他主张、国籍或门第、财产、出生地或他种身份"，都应同样享受该宣言所载的一切权利和自由。

该宣言宣告了两类广泛的权利范畴：公民权利和政治权利以及经济、社会和文化权利。其中，公民权利和政治权利包括：生命、自由与人身安全权；禁奴，禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇；被承认为法律上主体的权利；受法律平等保护的权利；司法救济的权利；不受任意逮捕、拘禁或放逐的权利；公正和公平审判的权利；无罪推定和禁止对溯及既往的法律和处罚的适用；隐私权；迁徙自由；寻求庇护权；国籍权；婚姻家庭权；财产所有权；言论、宗教、和平集会和结社权；参政权及选举权等。经济、社会和文化权利包括：社会保障权；工作权；同工同酬权；组织和参加工会权；休息和闲暇权；维持本人及其家庭健康和福利所需的生活水准权；受教育权以及自由参加社会文化生活、欣赏艺术、共享科学进步及其利益的权利等。

该宣言承认它所宣布的权利不是绝对的。不仅人人对社会负有义务，而且行使这些权利和自由受法律的限制，只要此种限制的唯一目的是保证对他人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并服从道德、公共秩序和普遍福利的需要。

《世界人权宣言》是第二次世界大战后第一个系统地提出尊重和保护基本人权具体内容的专门性国际文件。该宣言不是条约，没有法律约束力；而且其内容多反映西方国家长期以来关于人权的观念和国内法律实践，重点强调个人的权利和自由，并侧重个人公民权利和政治权利，存在一定的缺陷和历史局限性。但是，该宣言是具有重大历史意义的文件，它构成对《联合国宪章》人权条款的权威性解释，对第二次世界大战后国际人权活动的发展产生了深远影响，起了积极

作用。"在一个伟大进程中，它向前迈进了一步。"[①] 半个多世纪以来，宣言不断为各国政府、国际组织和国际文件所援引或重申，以至于该宣言的规定被视为国际习惯法的组成部分。

(二)《经济、社会、文化权利国际公约》与《公民权利和政治权利国际公约》

这两个公约都是以《世界人权宣言》为基础的。然而，在一些具体的人权规定方面，两公约各有新的发展和特点。

1. 自决权和自然资源主权

两公约第 1 条第 1 款都规定："所有人民都有自决权，他们凭这种权利自由决定他们的政治地位，并自由谋求他们的经济、社会和文化的发展。"这是国际公约第一次将自决权规定为一项基本人权。为了保证自决权的完全实现，两公约第 1 条第 2 款进一步规定："所有人民得为他们自己的目的自由处置他们的天然财富和资源，而不损害根据基于互利原则的国际经济合作和国际法而产生的任何义务。在任何情况下不得剥夺一个人民自己的生存手段。"《经济、社会、文化权利国际公约》第 25 条与《公民权利和政治权利国际公约》第 47 条还规定，该公约的任何部分不得解释为有损所有民族充分与自由享受及利用其天然财富与资源的固有权利。

两公约关于自决权和自然资源主权的规定，承认了集体人权，这在《世界人权宣言》中是没有的。它们反映出在第二次世界大战后非殖民化进程中广大新独立国家的愿望和考虑。自决权作为一项集体人权与公约中的其他人权不同。人权事务委员会在第 23 号一般性评论中说：

《公民权利和政治权利国际公约》对自决权和第 27 条的权利作了区分。前者是属于人民的权利，载于公约的一个独立部分（即第一编）。自决不是公约任择议定书所处理的一项权利。而第 27 条是与个人的权利相关的，它与涉及其他个人权利的条款一样，载于公约的第三编，属于任择议定书的管辖范围。[②]

同样，在"伯纳德·奥米纳雅克酋长和卢比康湖部族诉加拿大案"中，人权事务委员会指出：

公约第 1 条所规定的人民自决权只是赋予人民本身的权利，个人来文者不能根据公约的任择议定书声称自己是侵犯该项权利的行为的受害者。[③]

---

① 《联合国年鉴》(1947—1948)，535 页。

② See General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27), CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 5 (1994).

③ See Chief Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada, Communication No. 167/1984, U. N. Doc. CCPR/C/38/D/167/1984 (1990).

2. 经济、社会和文化权利

《经济、社会、文化权利国际公约》规定的经济、社会和文化权利包括：工作权；公平与良好的工作条件权，特别是同等同酬、妇女与男子同工同酬、休息和闲暇的权利；组织工会和参加工会权、罢工权；社会保障和保险权；保护和协助家庭，儿童和母亲受特别保护；相当的生活水准权，包含适当的衣食住、不断改善的生活环境和免于饥饿的权利；身体与心理健康权；受教育权；逐步实行初等义务教育；参加文化生活和享受科学进步及其运用所产生利益权。

与《世界人权宣言》相比，《经济、社会、文化权利国际公约》规定的经济、社会和文化权利更广泛、更详尽。如组织和参加工会权，该公约第 8 条详尽规定为：组织和参加工会权只受工会规章的限制；这种权利的行使除法律的规定和为维护国家安全或公共秩序或保障他人权利自由所必要者外，不得限制；工会有权建立全国联合会或同盟，后者有权组织或参加国际工会组织；工会有权自由行使职权以及有权罢工。

3. 公民权利和政治权利

《公民权利和政治权利国际公约》规定的应受保护的人权包括：生命权；免于酷刑、残忍和不人道待遇的自由；免于奴役和强迫劳工的自由；人身自由和安全权；被剥夺自由者享有人道待遇权；免于因债务而被监禁的自由；迁徙自由；外国人免于非法驱逐的自由；公正公开审判权、无罪推定、刑事被告最低限度保障权；禁止刑法的溯及效力；法律前的人格权；私生活不受干扰权；思想、良心和宗教自由；自由发表意见权；禁止鼓吹战争的宣传或煽动民族、种族或宗教仇恨；和平集会权和自由结社权；婚姻和家庭权；儿童受保护权；选举和被选举权、参政权；法律前平等和受法律平等保护；保护人种、宗教或语言的少数者的权利。

《公民权利和政治权利国际公约》列举了比《世界人权宣言》更广泛的权利。新增的权利内容如：被剥夺自由者享有人道待遇的权利；不得因无力履行约定义务而被监禁的权利；禁止鼓吹战争之宣传或煽动民族、种族或宗教仇恨；儿童享有“取得国籍”权和“为其未成年地位给予的必要保护措施”的权利，以及少数者的权利。这反映出国际社会关于人权概念的发展。

同时，《世界人权宣言》所宣布的某些权利在《公民权利和政治权利国际公约》中却没有规定，这包括财产权、庇护权和国籍权。财产权之所以没有被包括在该公约中，是因为联合国里代表各种思想和政治的集团对于财产权的范围和定

义不能取得一致意见。而庇护权，则被认为不是个人的权利，而属于国家的权利。[①]

二、专门性人权文书

(一) 关于防止并惩治灭绝种族和种族隔离罪

1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》是第二次世界大战后联合国主持制定的第一个关于人权问题的国际公约。[②] 该公约首先宣布灭绝种族行为是“国际法上的一种罪行”。该公约定义的“灭绝种族”是指“蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体”。构成灭绝种族的行为是：(1) 杀害该团体的成员；(2) 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；(3) 故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命；(4) 强制施行办法，意图防止该团体内的生育；(5) 强迫转移该团体的儿童至另一团体。对于犯有灭绝种族罪的人，或者煽动或共谋犯下这种罪行的人，无论他们是根据“宪法负责的统治者、政府官员或是平民”，都要加以惩罚。

1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》[③] 宣布，“种族隔离是危害人类的罪行”。“种族隔离的罪行”是指为建立和维持一个种族团体对任何其他种族团体的主宰地位，并且有系统地压迫他们，而作出的不人道行为。主要包括：杀害、任意逮捕或非法监禁一个种族集团的成员；对一个种族集团故意强加使其灭绝的生活条件；建立法律和社会条件，故意阻止一个种族集团的发展和参与其本国的政治、社会、经济和文化生活。

为了使犯战争罪和危害人类罪的人得到应有的惩罚，1968年《战争罪行和危害人类罪不适用法定时效的原则的公约》[④] 规定，各国同意追诉应对这种罪行负责的人，无论从犯罪之时起已经过多少时间。1998年《国际刑事法院规约》将灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪规定为国际刑事法院具有管辖权的“最严重罪行”。

---

① 参见王铁崖主编：《国际法》，210页。

② 该公约于1951年1月12日正式生效。截至2007年7月18日，该公约的缔约国有140个。我国于1983年4月18日交存批准书。

③ 该公约于1976年7月18日生效。截至2007年7月20日，该公约的缔约国有107个。我国于1983年4月18日 交存加入书。

④ 该公约于1970年11月11日生效。截至2007年7月20日，该公约的缔约国有51个。

(二) 关于废除奴隶制和禁止强迫劳动

1953 年《关于修正 1926 年 9 月 25 日在日内瓦签订的禁奴公约的议定书》①规定，国际联盟依据《禁奴公约》所负的职责由联合国继续执行。1956 年《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》② 将“奴隶制”定义为“对一人行使附属于所有权的任何或一切权力的地位或状况”，规定不仅应该完全废除奴隶制、债务质役、农奴制，而且还应该废止包办或买卖婚姻、转让妻子、妻子在丈夫死后由他人继承、役使儿童或少年或剥削其劳动力等制度与习俗。国际劳工组织 1957 年《废止强迫劳动公约》规定了缔约国禁止和不利用任何方式的强迫和强制劳动的义务。此外，1949 年《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》要求缔约国惩罚任何引诱或介绍他人卖淫的人以及任何参与经营或资助妓院的人。

(三) 关于禁止和消除歧视

1963 年《消除一切形式种族歧视宣言》指出，种族歧视除构成对基本人权的侵害外，亦足以妨害人民间的友好关系、国家间的合作以及国际和平与安全。1965 年《消除一切形式种族歧视国际公约》③ “以条约的形式对种族平等的观念作了最为详尽和最为明确的编纂”。该公约定义的“种族歧视”是指：“基于种族、肤色、世系或民族或人种的任何区别、排斥、限制或优惠，其目的或效果为取消或损害政治、经济、社会、文化或公共生活任何其他方面人权及基本自由在平等地位上的承认、享受或行使。”缔约国不仅负有不实施种族歧视的行为或习惯、以政府的权力宣布种族歧视为非法的义务，而且负有“应以一切适当方法，包括依情况需要制定法律，禁止并终止任何人、任何团体或任何组织所施行的种族歧视”的义务。该公约列举了一系列这种义务所适用的基本的公民、政治、经济、社会和文化权利。这些权利包括《世界人权宣言》和《经济、社会、文化权利国际公约》及《公民权利和政治权利国际公约》所规定的权利在内。

此外，在禁止歧视方面还有：1958 年《关于就业和职业歧视的公约》，1960 年《取缔教育歧视公约》④，1978 年《关于种族和种族歧视的宣言》，1981 年

---

① 该议定书于 1953 年 12 月 7 日生效。

② 该公约于 1957 年 4 月 30 日生效。

③ 该公约于 1969 年 1 月 4 日生效。截至 2007 年 7 月 18 日，该公约的缔约国有 173 个。我国于 1981 年 12 月 29 日交存加入书。

④ 该公约于 1962 年 5 月 22 日生效。

《消除基于宗教或信仰原因的一切形式的不容忍和歧视宣言》，1985年《反对体育领域种族隔离国际公约》[①]，2001年关于反对种族主义、种族歧视、仇外心理和相关的不容忍现象的《德班宣言》和《行动纲领》等。

(四) 关于妇女和儿童权利

1952年《妇女政治权利公约》是为执行《联合国宪章》和《世界人权宣言》所载男女权利平等原则，以及使妇女平等享有并行使政治权利而缔结的一项公约。[②] 该公约规定，在与男子平等，并不得有任何歧视的条件下，妇女享有如下政治权利：参加一切选举；有资格当选任职于依国家法律设立而由公开选举产生的一切机关；担任依国家法律而设置的公职及执行国家法律所规定的一切公务。

1967年《消除对妇女歧视宣言》声称，对妇女的歧视是"侵犯人格尊严的罪行"。1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》[③] 首次以公约形式系统地具体载明了妇女权利，被视为"国际妇女权利法案"。该公约将"对妇女的歧视"定义为："基于性别而作的任何区别、排斥或限制，其影响或其目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。"缔约国不仅应在其本国宪法或其他适当立法中体现男女平等的原则，而且应采取一切适当措施，消除任何人、团体或组织对妇女的歧视，在所有领域，特别是在政治、社会、经济、文化领域，力谋妇女的充分发展和进步。妇女在政治和公共事务，在国际上代表本国政府参加各国际组织的工作，国籍，教育，工作，社会福利，民事法律地位，婚姻，参与娱乐活动、运动和文化生活等方面享有与男子平等的权利。

此外，有关妇女权利保护的文书还有：1951年《男女同工同酬公约》[④]，1981年《关于男女工人机会平等和待遇平等的公约》，1993年《消除对妇女的暴力行为宣言》，1998年《消除对妇女的暴力行为的预防犯罪和刑事司法措施》，以及2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》。

---

① 该公约于1988年4月3日生效。截至2007年7月18日，该公约的缔约国有60个。我国于1987年10月21日签署该公约，该公约于1988年4月3日对我国生效。

② 该公约于1954年7月7日生效。

③ 该公约于1981年9月3日生效。截至2007年8月15日，该公约的缔约国有185个。我国于1980年11月4日交存批准书。

④ 该公约于1953年5月23日生效。我国于1990年9月7日批准该公约。

在儿童权利保护方面最重要的条约是1989年《儿童权利公约》。[①] 在此之前，联合国通过了1959年《儿童权利宣言》和1985年《联合国少年司法最低限度标准规则》(又称《北京规则》)。根据《儿童权利公约》的规定，“儿童”是指“18岁以下的任何人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于18岁”。该公约规定儿童应享有的权利极其广泛，几乎涵盖了全部人权条约宣示的人权内容，包括：生命权，姓名和国籍权，受特别保护和协助权，自由发表意见的权利，言论自由和接受及传递各种信息和思想的自由，思想、信仰和宗教自由，结社及和平集会自由的权利，隐私、家庭、荣誉和名誉权，信息和资料权，身心健康权，受益于社会保障权，适当生活水平权，受教育权，免受经济和色情剥削与性侵犯，免于酷刑，对未满18岁的人犯不得处死刑或无期徒刑，未满15岁的人免于参加武装部队和敌对行动，等等。2000年《关于儿童卷入武装冲突的儿童权利公约任择议定书》(CRC-OPAC)[②] 和《关于贩卖儿童、儿童卖淫和儿童色情的儿童权利公约任择议定书》(CRC-OPSC)[③] 进一步就限制未满18岁的人被强行征召入伍和直接参加敌对行动，以及儿童免于被贩卖、性剥削和性侵犯作出了具体规定。

其他涉及儿童权利的文书还有：1974年《在紧急状态和武装冲突中保护妇女和儿童宣言》，1986年《关于儿童保护和儿童福利，特别是国内和国际寄养和收养办法的社会和法律原则宣言》，1990年《联合国保护被剥夺自由的少年的规则》与《联合国预防少年犯罪指南》，1999年《禁止和立即行动消除最恶劣形式的童工劳动公约》[④]，以及2001年关于禁止对儿童商业色情剥削的《2001年横滨全球承诺》和2002年《适合儿童成长的世界行动计划》等。

(五) 残疾人权利

残疾人是指任何由于先天性或非先天性的身体或精神缺陷而不能保证自己可以取得正常的个人生活或社会生活上一切或部分必需品的人，包括肢体、精神、智力或感官有长期损伤的人。联合国长期以来十分重视残疾人的权利问题，其关于残疾人问题的文书主要有三项：即《关于残疾人的世界行动纲领》、《残疾人机

① 该公约于1990年9月2日生效。截至2007年7月13日，该公约的缔约国已有193个。我国于1992年1月31日批准该公约。

② 该议定书于2002年2月12日生效。截至2007年10月22日，该议定书的缔约国有119个。我国于2007年12月29日批准该议定书。

③ 该议定书于2002年1月18日生效。截至2007年10月11日，该议定书的缔约国有123个。我国于2002年8月29日批准该议定书。

④ 该公约于2000年11月19日生效。我国于2002年6月29日批准该公约。

会均等标准规则》和《残疾人权利公约》。1982年《关于残疾人的世界行动纲领》是第一部尝试对残疾问题同时采用发展办法和注重权利的办法的国际文书。1993年《残疾人机会均等标准规则》由22项规则组成，涉及残疾人生活的各个方面，并提供了对所有残疾人享有均等机会至关重要的一整套干预措施。

2006年《残疾人权利公约》是国际社会在21世纪通过的第一个人权公约。[①]它确认残疾人不受歧视地充分享有一切人权和基本自由，特别是：生命权；在危难情况和人道主义紧急情况下获得保护和安全权；在法律面前获得平等承认权；司法保护权；自由和人身安全权；免于酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚；免于剥削、暴力和凌虐；人身完整性权；迁徙自由和国籍权；独立生活和融入社区权；表达意见的自由和获得信息权；隐私权；家居和家庭得到尊重权；受教育权；康复权；工作和就业权；以及参与政治和公共生活权等。

此外，有关残疾人权利的文书还有1971年《智力迟钝者权利宣言》、1975年《残疾人权利宣言》、1983年《残疾人职业康复和就业公约》[②]和1991年《保护精神病患者和改善精神保健的原则》。

（六）关于非居住国公民和移徙者的权利

1985年《非居住国公民个人人权宣言》规定，非居住国公民应享有生命和人身安全权，法律平等权，思想、良心和宗教自由权，保持其语言文化和传统的权利，离开居住国的权利，家庭团聚的权利以及不被非法驱逐的权利等人权。

1990年《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》[③]规定，“移徙工人”是指“在其非国民的国家将要、正在或已经从事有报酬的活动的人”。“家庭成员”是指“移徙工人的已婚配偶或依照适用法律与其保持具有婚姻同等效力关系的人，以及他们的受抚养子女和经适用法律或有关国家间适用的双边或多边协定所确认为家庭成员的其他受养人”。所有移徙工人及其家庭成员享有自由离开任何国家（包括其原籍国在内），生命权，免于酷刑、奴役和强迫劳动，思想、良心和宗教自由，不被非法驱逐等在国际人权宪章中所载的人权。此外，该公约还对“有证件或身份正常的移徙工人及其家庭成员”以及“特殊类别的移徙工人及其家庭成员”应享有的权利作了具体规定。

2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的

---

① 截至2007年8月3日，有118个国家和欧洲共同体签署公约，7个国家批准。

② 该公约于1985年6月20日生效。我国于1987年9月5日批准。

③ 该公约于2003年7月1日生效。截至2007年10月1日，该公约的缔约国有37个。

补充议定书》要求缔约国采取综合性国际做法，有效预防和打击陆、海、空偷运移民，保护被偷运移民的权利。

（七）难民权利

难民问题引起国际社会关注是20世纪20年代的事。第一次世界大战结束后，为保护和救助滞留欧洲国家的难民，国际联盟于1921年设立了难民事务高级专员，专员与有关国家签订了保护难民的协定。第二次世界大战后，为普遍地给难民提供保护，联合国设立了难民事务高级专员办事处，并通过了被称为国际难民法大宪章的1951年《关于难民地位的公约》及其1967年议定书。[①] 根据该公约和议定书，难民是指有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因遭受迫害而留在其本国以外，并由于此项畏惧而不能或不愿受该国保护的人，或者不具有国籍而留在他以前经常居住国家以外而现在不能或由于畏惧不愿返回该国的人。

难民的一项基本权利是不被驱逐出境或送回至其生命或自由因为政治原因而受威胁的领土边界。同时，在宗教自由、出席法院、初等教育、配给、公共救济和某些社会福利等方面享有国民待遇。在结社权利、以工资受偿的雇佣等方面享有最惠国待遇。在自营职业、自由职业和初等教育以外的教育等方面享有不低于一般外国人在同样情况下所享有的待遇。

（八）关于被拘留或监禁者的权利

保护被拘留或监禁者的权利主要是执法方面的人权问题。1955年《囚犯待遇最低限度标准规则》对于囚犯的住宿、医疗卫生、宗教信仰、教育和娱乐活动等各方面规定了最低标准。1990年《囚犯待遇基本原则》规定，所有囚犯应保有国际人权宪章所规定的人权和基本自由，以及联合国其他公约所规定的其他权利。

1975年联合国大会通过了《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》。1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》[②] 规定，酷刑是指“为了向某人或第三者取得情报或供状，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由

---

① 该公约和议定书分别于1954年4月22日和1967年10月4日生效。截至2007年11月1日，该公约和议定书的缔约国各有144个。我国于1982年9月24日交存加入书。

② 该公约于1987年6月26日生效。截至2007年10月2日，该公约的缔约国有145个。我国于1986年12月12日签署该公约，该公约于1988年11月3日对我国生效。

公职人员或以官方身份行使职权的人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内”。缔约国应采取“有效的立法、行政、司法或其他措施，防止”在其管辖的任何领土内出现酷刑行为。“任何特殊情况”（包括战争状态、战争威胁、国内政局动荡或任何其他社会紧急状态）、上级官员或政府当局的命令均不得援引为施行酷刑的理由。缔约国应保证将一切酷刑定为刑事罪行，依法给予惩处，并对酷刑受害者给予保护和赔偿。2002年联合国大会还通过了《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约任择议定书》（CAT-OP）。[①]

1989年《旨在废除死刑的〈公民权利和政治权利国际公约〉第二任择议定书》[②] 在公约宣示生命权、严格限制死刑的基础上，进一步强调对生命权的尊重，规定死刑只适用于在战时对在战时犯下最严重军事性罪行被判罪的人。

2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》[③] 规定，“强迫失踪”是指由国家代理人，或得到国家授权、支持或默许的个人或组织，实施逮捕、羁押、绑架，或以任何其他形式剥夺自由的行为，并拒绝承认剥夺自由之实情，隐瞒失踪者的命运或下落，致使失踪者不能得到法律的保护。任何人都享有不遭受强迫失踪的权利。任何情况，不论是处于战争状态或受到战争威胁、国内政治动乱，还是任何其他公共紧急状态，均不得用来作为强迫失踪的辩护理由。任何人都不应受到秘密监禁，受害人有得到司法公正和赔偿的权利，了解真相的权利，以及自由查找、接受和传递信息的权利。缔约国应采取必要措施，将强迫失踪行为列为国内刑法中的犯罪，追究责任人员的刑事责任，并应考虑到强迫失踪罪的极端严重性，对之给予相应的处罚。大规模或有组织的强迫失踪行为，构成相关国际法所界定的危害人类罪，应招致相关国际法所规定的后果。

其他涉及被拘留或监禁者权利的文书还包括：1982年《有关医务人员、特别是医生在保护被监禁和拘留的人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚方面的任务的医疗道德原则》，1984年《关于保护面对死刑的人的权利的保障措施》，1988年《保护所有受各种形式拘留或监禁的人的原则》，1990年《联合国非拘禁措施最低限度标准规则》和《执法人员使用武力和火器的基本原则》，2000年《关于有效调查和记录酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的原则》。

---

① 议定书于2006年6月22日生效。截至2007年10月11日，有34个国家批准。

② 该议定书于1991年7月11日生效。截至2007年10月19日，该议定书的缔约国有64个。

③ 截至2007年11月，公约的签署国有71个。

（九）关于发展与和平的权利

1969年《社会进步和发展宣言》声明，社会进步和发展的目的在于不断提高社会所有成员的物质和精神生活水平，尊重和遵守人权与基本自由；要求发达国家和发展中国家公平分享科学技术的进展，以利于社会发展。1986年《发展权利宣言》确认发展权是一项不可剥夺的人权，发展机会均等是国家和组成国家的个人的一项特有权利。由于这种权利，每个人和所有各国人民均有权参与、促进并享受经济、社会、文化和政治发展，在这种发展中，所有人权和基本自由都能获得充分实现。该宣言还规定，人是发展权利的积极参与者和受益者；各国对于创造有利于实现发展权利的国家和国际条件负有主要责任，为此各国有义务单独或集体地采取步骤，进行有效的国际合作，以促成发展权利的充分实现；国际和平与安全是实现发展权利的必不可少的因素，有效裁军措施所腾出用于发展的资源应特别考虑到发展中国家的发展。1993年《维也纳宣言和行动纲领》重申发展权是一项普遍的、不可分割的人权。联合国教科文组织在1998年和2001年分别通过了《人类基因与人权的普遍宣言》和《文化多样性普遍宣言》。

1975年《利用科学和技术进展以促进和平并造福人类宣言》宣布，所有国家应按照联合国宪章促进国际合作，以确保科技发展的成就用于加强国际和平与安全、各国人民的经济和社会发展以及实现人权和自由。1978年《为各社会共享和平生活做好准备的宣言》重申个人、国家和全人类享有和平生活的权利，确认各国之间的和平是人类的永恒价值。1984年《人民享有和平权利宣言》表示，“没有战争的生活是促进各国物质福利、发展和进步，并充分实现联合国宣布的各项权利和人类基本自由的首要国际先决条件”，宣布“全球人民均享有和平的神圣权利”。此外，这方面的文件还有1999年《和平文化宣言和行动纲领》和2005年《保护文化内容和艺术表现形式多样性国际公约》。①

（十）其他方面的人权

联合国还在其他方面制订人权文书，促进和保护特定人权。这些涉及自决权、土著人和少数者的权利、老年人权利、健康权、结社自由和国籍等。2007年《联合国土著人民权利宣言》② 宣布，土著人民，无论是集体还是个人，都有

---

① 我国于2007年1月30日递交批准书。

② 联合国大会以143票赞成、4票反对、11票弃权通过宣言。澳大利亚、美国、加拿大、新西兰投了反对票。

权不受歧视地充分享有《联合国宪章》、《世界人权宣言》和国际人权法所确认的所有人权和基本自由，尤其是自决权，国籍权，生命权以及身心健全、人身自由和安全权，不被强行同化或其文化不被毁灭的权利，保存、展示、使用、振兴和传授其知识、文化和传统习惯的权利，身份或归属决定权，土地和资源权及其利用决定权，获得公正、合理和公平补偿权，建立和掌管其教育制度和机构的权利，维护和发展其政治、经济和社会制度或机构的权利，劳工权，参政权，知情权，传统医药权，以及获得资金和技术援助权等。其他的如1989年《土著和部落民族公约》[①]，1992年《在民族或族裔、宗教和语言上属于少数群体的人的权利宣言》，1991年《联合国关于老年人原则》。

三、区域性人权文书

(一)《欧洲人权公约》和《欧洲社会宪章》

《欧洲人权公约》是最早的区域性人权公约，由欧洲理事会在1950年通过，于1953年生效。它是欧洲国家为了集体行使《世界人权宣言》中宣布的某些权利而采取的第一个步骤。该公约保障基本公民权利和政治权利，如生命权，禁止酷刑和奴役，人身自由权，正当法律程序权，法律和惩罚不溯及既往，隐私权和家庭生活权，思想、良心和宗教信仰自由，言论自由和和平集会自由等。该公约保障的权利范围为一系列议定书所扩展。迄今为止的11个议定书增加的内容涉及诸如财产权、受教育权、迁徙自由权、禁止对国民的强制流放和对外国人实行集体驱逐、废除死刑、刑事诉讼的上诉权、同一罪名不受两次审理权、在错案中得到赔偿等。

《欧洲人权公约》只保障公民权利和政治权利。为弥补这一缺陷，欧洲理事会于1961年通过了《欧洲社会宪章》(1965年生效)。该宪章宣布了19项经济和社会权利，包括：工作权，公正的工作条件权，安全工作条件权，公平报酬权，结社权，集体谈判权，儿童、职业妇女受保护权，职业指导和培训权，保健权，社会保障权，社会和医疗协助权，受益于社会福利设施权，残疾人接受训练和得到恢复的权利，家庭受社会、法律和经济保护的权利，母亲、儿童受社会和经济保护的权利，移民工人及其家庭受保护和援助的权利。

---

① 该公约1991年9月5日生效。

(二)《美洲人权公约》

《美洲人权公约》是美洲国家组织于1969年通过的，1978年生效。该公约在很大程度上是参照《欧洲人权公约》制定的，因而其内容主要限于公民权利和政治权利，但其具体内容及表述也有其特点。该公约保障的公民权利和政治权利约二十多项，其中包括：法律人格权，生命权，人道待遇权，免受奴役、人身自由权，公正审判权，免于受有追溯效力法律的约束，获得赔偿权，隐私权，良心和宗教自由，思想言论自由，答辩权，集会权，结社权，家庭权，姓名权，儿童的权利，国籍权，财产权，迁徙和居住自由，参政权，受法律平等保护权以及司法保护权。

有关经济、社会和文化权利，是由美洲国家组织大会于1988年通过的该公约的《补充议定书》来具体规定的，内容涉及工作权、工会权、罢工权、社会保障权、健康权、环境权、受教育权和文化利益权等。

(三)《非洲人权和人民权利宪章》

《非洲人权和人民权利宪章》是非洲统一组织于1981年通过的，于1986年生效。这个宪章与欧洲和美洲的人权公约不同。第一，该宪章宣布的不仅是权利，还有义务；明确指出每一个人享有权利和自由的同时也意味着对义务的履行。第二，它不仅规定个人权利，还规定人民的权利。第三，除了保障公民权利和政治权利外，它还保障经济、社会和文化权利。该宪章强调了经济、社会和文化权利的重要性，指出公民权利和政治权利与经济、社会和文化权利不可分割，满足经济、社会和文化权利是享有公民权利和政治权利的保证。第四，在行使它所宣布的权利时，允许缔约国对它们加以非常广泛的限制。因此，与上述两个区域性人权公约比较，该宪章更像“国际人权公约”①。

该宪章保障的个人权利包括：平等权，生命权，免于酷刑、奴役或非人道待遇，人身权，获得公平审判权，良心和信仰及宗教自由，信息权，集会权，迁徙和居留自由，参政权，财产权，同工同酬权，健康权，受教育权以及家庭权等。该宪章所规定的人民权利有：人民平等权，人民生存权和自决权，人民自由处置天然财富和资源权，人民发展权，人民和平与安全权以及人民环境权等。

---

① [美] 托马斯·伯根索尔：《国际人权法概论》，潘维煌、顾世荣译，105页，北京，中国社会科学出版社，1995。



第三节　国际人权法的实施机制

国际人权法的实施有国际和国内两个层面。国际实施在于国际监督与国际合作，国内实施在于国家对人权的保障与救济。正如国际法主要是靠国家自身的力量来实施的一样，国内实施是执行国际人权条约的基础和关键，而国际实施主要发挥辅助或补充的作用。

一、国际人权法的国际实施

(一) 国际人权机构

为确保国家尊重、遵守和保护人权，国际社会设置了各种类型的国际人权机构。这些机构可分为普遍性的和区域性的两种。后者如欧洲人权委员会与欧洲人权法院①、美洲人权委员会与美洲人权法院，以及非洲人权和人民权利委员会与非洲人权法院。

普遍性人权机构主要是联合国保护和促进人权系统。这个系统由两种主要类型的机构组成：依《联合国宪章》创立的机构和根据国际人权条约创立的机构。

1. 宪章机构

依《联合国宪章》设立的人权机构有一般性的和专职性的两类。在前者，保护和促进人权只是其职能之一。这类机构有联合国大会及其第三委员会、经济及社会理事会和国际法院。此外，涉及人权保护和促进的许多联合国专门机构和伙伴也属于这种性质的机构，如国际劳工组织、世界卫生组织、联合国粮农组织、联合国教科文组织、人道事务协调办公室和联合国儿童基金会等。

专职性人权机构主要有：

(1) 人权理事会

人权理事会是联合国系统内负责处理人权问题的主要专门机构，由2006年联合国大会第60/251号决议设立，是大会的附属机构。它的前身是联合国经济

① 于1998年10月31日生效的《欧洲人权公约》第11议定书撤销了欧洲人权委员会，建立了新的单一的欧洲人权法院。

及社会理事会在1946年根据《联合国宪章》成立的人权委员会，由53个成员国的代表组成。人权理事会继承并合理调整人权委员会的所有任务、机制、职能和职责，以便保持特别程序、专家指导和申诉程序的制度。2007年，人权理事会通过《联合国人权理事会的体制建设》决议，使它展开保护和促进人权工作有了一个有序和可预测的框架。

人权理事会由47个成员国组成，经大会以多数票选举产生。会员国在选举理事会成员时应考虑候选国在促进和保护人权领域的贡献以及就此作出的自愿誓言和承诺。当选为理事会成员者在促进和保护人权工作中应维护最高标准，与理事会充分合作，并在任期内接受定期普遍审查机制的审查。对于理事会中严重并有计划侵犯人权的成员，大会以出席并投票的成员的2/3多数，可暂时停止其在理事会的成员资格。人权理事会的职责主要是：促进对所有人的所有人权和基本自由的普遍尊重；处理侵犯人权局势，包括严重和有计划的侵犯行为，并就此提出建议；通过对话、能力建设和技术援助，帮助会员国遵守人权义务；充当联合国关于人权问题对话与合作的主要论坛；向大会提出关于进一步发展人权领域国际法的建议；平等地定期普遍审查每个国家履行人权义务和承诺的情况；提出促进和保护人权的建议。

人权理事会是一个“半常设”机构。它全年定期开会，每年计划举行的会议不少于3次，其中包括一次主要会议，总会期不少于10周，并可在必要时经理事会成员请求及1/3成员同意的情况下举行特别会议。包括非理事会成员的国家在内的观察员、专门机构、其他政府间组织和国家人权机构以及非政府组织可依安排和惯例参与理事会活动。理事会的决定由出席会议并参加表决的成员的简单多数作出。

（2）特别程序

特别程序是由前人权委员会建立、人权理事会继承的用于处理特定国家人权状况或世界性人权专题的机制的总称，包括特别报告员、秘书长特别代表或代表、独立专家和工作组（通常由5人组成）。特别程序是独立的，以个人身份任职，不取薪酬。特别程序的任务由建立这种程序的决议决定，通常要求任务负责人审查、监测、建议和公开报告特定国家或领土的人权状况（这称为国别任务），或普遍性侵犯人权的主要现象（这称为专题任务）。特别程序可进行各种活动，包括接受有关侵犯人权指控的情报，进行调查研究，访问国家，向有关政府发出紧急呼吁，在国家一级提供技术合作咨询，以及从事一般性推广活动。所有特别程序都必须向人权理事会等政府间机构或联合国大会就他们的意见、结论和建议提出报告。人权理事会目前有38个特别程序，其中28个专题任务，10个国别任务。

（3）人权理事会咨询委员会

它是人权理事会的附属机构，由理事会选举的以个人身份任职的18名专家

组成。它取代前促进和保护人权小组委员会。小组委员会是前人权委员会的附属机关，由人权委员会1999年将1947年根据经社理事会第9（Ⅱ）号决议设立的防止歧视和保护少数小组委员会改名而成，由26名专家组成。咨询委员会将行使理事会智囊团的职能，并在理事会的指导下开展工作。其职能主要是：向理事会提供专门知识和咨询意见，并应理事会的要求，就理事会关心的专题事项进行实质性调查和研究。

（4）联合国人权事务高级专员及办事处

联合国人权事务高级专员是1993年联合国大会第48/141号决议设立的，是主要负责联合国人权活动的联合国官员，向秘书长负责。人权事务高级专员的职能包括：促进和保护所有人的所有人权；向联合国系统各主管机构提出促进和保护人权的建议；提供促进人权的技术援助；阻止侵犯人权事件的持续发生；与各国政府进行尊重人权的对话；加强国际合作；协调整个联合国系统内促进和保护人权的活动。

联合国人权事务高级专员办事处是负责为人权机构和联合国机构提供支持服务的机构，由原联合国人权中心与联合国人权事务高级专员在1997年合并而成。办事处下设的条约和理事会处是联合国人权系统的秘书处，包括人权理事会、特别程序、人权条约机构和联合国酷刑受害者自愿基金。

2. 人权条约机构

这是由缔约国选举产生的、负责监测核心国际人权条约及任择议定书实施的独立专家委员会，具有“准司法”性质。这类机构有10个，它们是：（1）人权事务委员会（HRC）；（2）经济、社会和文化权利委员会（CESCR）；（3）消除种族歧视委员会（CERD）；（4）消除对妇女歧视委员会（CEDAW）；（5）禁止酷刑委员会（CAT）；（6）预防酷刑小组委员会（SCP）；（7）儿童权利委员会（CRC）；（8）移徙工人委员会（CMW）；（9）强迫失踪问题委员会（CED）；（10）残疾人权利委员会（CRPD）。各委员会的成立依据、时间与组成见下表：

机构	成立依据	组成		成立时间
		初始	扩大	
HRC	ICCPR 第28条	18		1976
CESCR①	ICESCR	18		1985

① 2007年3月，人权理事会通过决议，决定启动一个程序，更改经济、社会、文化权利委员会的法律地位，以便使该委员会与所有其他条约监督机构处于相同地位。

续前表

机构	成立依据	组成		成立时间
		初始	扩大	
CERD	ICERD 第 8 条	18		1970
CEDAW	CEDAW 第 17 条	18	23	1982
CAT	CAT 第 17 条	10	1987	
SCP	CAT-OP 第 2 条	10	25①	2006
CRC	CRC 第 43 条	10	18②	1990
CMW	ICRMW 第 72 条	10	14③	2003
CED	ICED 第 26 条	10		
CRPD	CRPD 第 34 条	12	18④	

人权条约机构的委员由在人权领域具有公认资格的专家，经各公约的缔约国会议选举产生，而经济、社会和文化权利委员会的委员则经联合国经济及社会理事会选举产生。委员是独立的，以个人身份任职，不是政府的代表。人权条约机构的主要职能包括：监测缔约国执行公约的情况，审议缔约国提交的公约执行报告；在缔约国接受的情况下，审议一缔约国对另一缔约国、个人对缔约国履行公约义务提出的指控；在有关缔约国同意的情况下，派委员会成员到该国境内查访等。

此外，人权条约机构还包括根据《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》设立的三人小组。

（二）国际人权保护的实施程序

1. 报告程序

报告是国际人权条约普遍采用的监督缔约国履行义务的一种程序，它无须缔约国的特别批准而自动适用。根据这一程序，缔约国有义务向条约监督机构提具报告，陈述它们在履行条约义务、保障条约所确认的权利方面所采取的措施和取得的进展以及遇到的问题。缔约国提交的报告可分为初次报告、定期报告和其他报告。初次报告是缔约国在有关人权条约对其生效后一定期限内提出的第一份报

① 在第 50 个国家批准或加入该议定书后，小组委员会的委员将增至 25 名。

② 1995 年 12 月 12 日，联合国大会通过《儿童权利公约》第 43 条第 2 款修正案，将委员会的成员数目从 10 个增加到 18 个。该修正案于 2002 年 11 月 18 日生效。截至 2007 年 4 月 19 日，该修正案的缔约国有 142 个。

③ 在有 41 个国家批准该公约时，委员将从 10 名增加到 14 名。

④ 公约生效后获得另外 60 个国家批准或加入时，委员会增加 6 名成员，扩大到 18 名。

告；定期报告在初次报告提交后每隔一定时间定期提出，或应条约监督机构要求提出。人权事务委员会在通过结论性意见后，还可以采取一项后续程序，确定缔约国提交下一次报告的新日期。[①] 其他报告则是条约监督机构可能要求缔约国递送的进一步情报。如《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第19条规定，缔约国应在本公约对其生效后一年内提交报告，随后应每四年提交补充报告和禁止酷刑委员会可能要求的其他报告。其他人权条约要求的报告时间见下表。所有报告向联合国秘书长提出，由秘书长转送相关条约机构。

条约名称 (Title of the treaties)	初次报告 (Initial report)	定期报告 (Periodic reports)
ICESCR	2年内	每5年
ICCPR	1年内	每4年
ICERD	1年内	每2年
CEDAW	1年内	每4年
CAT	1年内	每4年
CRC	2年内	每5年
ICRMW	1年内	每5年
CRC-OPSC	2年内	每5年或随着下次CRC报告
CRC-OPAC	2年内	每5年或随着下次CRC报告
ICED	2年内	
CRPD	2年内	每4年

所有条约机构都有权接受缔约国提交的报告，并进行审议（具体程序见下图），在此基础上可以提出一般性建议或评论，并将其转交有关缔约国。这些建议或评论对有关国家没有法律约束力，但应受到尊重。

报告审议是一种专家监督程序，其实质是条约机构与缔约国之间就履约情况进行对话，目的在于"帮助缔约国完成其执行公约的义务"。条约机构审议依报告的先后顺序进行，没有国别选择。这与前联合国人权委员会政治性极强的国别提案不同。

报告程序是人权条约机构监督缔约国履行义务的主要措施，然而其实施存在很多问题，国家不提交报告或不按时提交报告是常见的事。为加强报告制度的有效性，联合国人权事务高级专员办事处和各条约机构采取了一系列改进措施，如简化报告程序，将报告要求标准化；允许提交合并报告；建议采用共同核心文件

① General Comment No. 30: Reporting Obligations of States parties under article 40 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev. 2/Add. 12, 18 September 2002.

1.缔约国提交报告

2.条约机构基于报告向缔约国提出议题和问题清单

3.缔约国对议题和问题清单提出书面答复

4.委员会与缔约国代表之间在会议期间积极对话

5. 条约机构对报告作出结论性评论,包括建议

6.执行条约机构建议的后续程序

UN System,NHRIs & NGOS可介入

UN System,NHRIs & NGOS可介入

UN System,NHRIs & NGOS可介入

报告程序示意图

注：UN System 是联合国系统的英文缩写。NHRIs 是国内人权机构英文缩写。NGOS 是非政府组织英文缩写。

准则编写报告；视答复了议题和问题清单的缔约国为已经完成了下一次报告的义务；在没有报告的情况下进行审议。《残疾人权利公约》第一个规定了对逾期未交报告的缔约国进行审查的程序。

2. *国家间指控程序*

国家间指控是一些人权条约规定的一种监督程序，适用于接受条约监督机构有权受理并审议国家间指控来文的缔约国。这种程序通常建立在任择性基础上，即缔约国得随时声明条约监督机构对国家间指控来文有管辖权。《公民权利和政治权利国际公约》是这方面的典型。该公约第 41 条规定，缔约国可以随时声明承认人权事务委员会有权接受和审议一缔约国指控另一缔约国不履行公约义务的来文。依该条规定而递送的来文，必须是曾声明其本身承认委员会有权之缔约国所提出方得予以接受并审查。如来文关涉未作此种声明的缔约国，委员会不得接受之。根据该公约第 42 条，人权事务委员会在认定用尽了国内救济措施之后，有权处理已接受任择条款的缔约国之间的指控，提供斡旋，以便求得有关事项的友好解决。但如果未能获得满意的解决，经各有关缔约国同意后，人权事务委员会可以指派由 5 名委员组成专设的和解委员会进行和解。如果和解不成，和解委

员会应在其报告中说明对于各有关缔约国间争执事件的一切有关事实问题的结论，以及对于该事件和睦解决的各种可能性意见。各有关缔约国应于接到报告后3个月内通知委员会主席是否接受和解委员会报告的内容。《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第21条、《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第76条、《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第32条和《美洲人权公约》第45条都有类似规定。

而《消除一切形式种族歧视国际公约》规定的国家间指控程序无须以任择性为基础。根据该公约第11条，消除种族歧视委员会有权处理任何缔约国之间的指控。这类条约在处理缔约国之间的指控方面规定的机制更强有力。

3. 个人申诉程序

个人申诉是指处于一国管辖下的受害个人或其代表对于该国侵害有关人权公约所载权利而向相关条约监督机构提出申诉，它适用于承认条约监督机构有权接受并审查个人申诉来文的缔约国。多数核心人权条约建立了个人申诉程序。这种程序是以有关公约的任择议定书或任择性条款为基础的，而且以用尽国内救济办法为受理个人来文的前提条件。在2007年"康斯坦斯·里根·萨尔盖多女士诉英国案"中，消除对妇女歧视委员会宣布不受理该来文，因为来文者没有根据《公约任择议定书》第4条第1款穷尽一切可用的国内救济办法。

1966年《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》是第一个单独采用任择议定书形式规定个人申诉程序的人权条约。该议定书第1条规定："成为本议定书缔约国的公约缔约国承认人权事务委员会有权接受并审查该国管辖下的个人声称为该缔约国侵害《公约》所载任何权利的受害人的来文。来文所涉公约缔约国如非本议定书的缔约国，委员会不得予以接受。"因此，人权事务委员会只受理该议定书缔约国管辖下的个人提出的申诉。委员会受理后，应将来文提请被控违反该公约任何规定的该议定书缔约国注意，该缔约国应于收到通知后6个月内书面向委员会提出解释或声明，说明原委，如该国业已采取救济办法，也应一并说明。委员会应参照该个人及有关缔约国所提出的一切书面资料，审查根据该议定书所收到的来文，并向有关缔约国及该个人提出意见。1999年《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》①、2006年《残疾人权利公约任择议定书》也采取这种形式。经济、社会和文化权利委员会自1990年起讨论拟订这种任择议定书的可能性。1996年，该委员会完成了涉及个人申诉权利的经济、社会、文化权利国际公约任择议定书草案，并在1997年提交前人权委员会。经济、

① 该议定书于2000年12月22日生效。截至2007年11月8日，该议定书的缔约国有89个。

社会和文化权利委员会在2003年决定设立工作组，讨论制定经济、社会、文化权利国际公约任择议定书的问题。目前该草案尚在讨论之中。

其他一些人权条约则以条约中的任择性条款来规定个人申诉程序，如《消除一切形式种族歧视国际公约》第14条、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第22条、《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第77条、《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第31条、《欧洲人权公约》第25条和《美洲人权公约》第44条等。

为解决人权条约监督机构拖延审议个人申诉来文问题，一个请愿事务小组在2000年12月建立，专门负责处理根据《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》、《消除一切形式种族歧视国际公约》和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》提出的申诉。该小组的设立大幅度缩短了处理个人申诉的拖延时间。[①]

4. 调查程序

调查是几个人权条约建立的一种监督程序。除非缔约国声明不承认有关人权条约机构的这一职权，该机构可按照相关条约的规定自行决定对缔约国违反公约的情况进行调查，包括对其领土的访问。《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》是第一个设立这种程序的人权条约。该公约第20条规定，如果禁止酷刑委员会收到可靠的情报，有确凿证据证明在一个缔约国境内正经常施行酷刑，该委员会应请该缔约国合作研究该情报并对此予以说明。该委员会如果认为有正当理由，可以指派1名或1名以上成员进行秘密调查，并立即向该委员会提出报告。在缔约国的同意下，这种调查可以包括对其领土的访问。该委员会审查调查结果后，应将这些结果连同任何适合于当时形势的意见或建议一起转交该有关缔约国。所有上述程序应是保密的。《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》第8、9条。《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第33条和《残疾人权利公约任择议定书》第6、7、8条规定了类似程序。

《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约任择议定书》建立了一个由独立的国际和国内机构对拘留地点进行定期查访的程序。该议定书规定，缔约国应允许预防酷刑小组委员会和国内查访机构访问在其管辖和控制下的任何拘留地点。预防酷刑小组委员会应对拘留地点进行查访，并就保护被剥夺自由的人员免遭酷刑向缔约国提出建议。这些建议和评论应保密地转交缔约国和国内预防机构。

---

① 参见 E/CN. 4/2004/98, 11 February, 2004.



5. 紧急行动程序

这是《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》建立的一种处理紧急事项的程序。按公约第30、34条，失踪者的亲属及其他相关人员，均可作为紧急事项，向强迫失踪问题委员会提出查找失踪者的请求。如果紧急行动请求并非明显地毫无依据、不构成对来文请求权的滥用以及同一问题尚未由同一性质的另一国际调查或解决程序审理，委员会可请有关缔约国在限定的时间内，提供所查找人员情况的资料，并可考虑到情况的紧迫性，建议缔约国采取一切必要措施，包括一些临时措施，找到有关个人并加以保护。缔约国应将其采取措施的情况向委员会报告。委员会应将它的建议和所收到的国家提供的情况，通报请求人。如果委员会收到确凿的证据表明，强迫失踪现象正大规模地或有系统地发生在一缔约国管辖的领土上，它可通过联合国秘书长，紧急提请大会注意这一事项。

6. 普遍定期审查

这是人权理事会根据联大第60/251号决议的授权、通过《联合国人权理事会的体制建设》决议建立的一种以确保普遍性、尊重地平等对待所有国家的方式，定期普遍审查每个国家履行人权义务和承诺情况的合作性机制。按照这一机制，理事会将依据平等的通用参数及适用标准，公平地审查所有联合国会员国的人权记录。所有会员国都将在第一周期的4年内受到审查，每年审查48个国家。理事会的所有成员国都必须在其任期内接受审议。接受审议的第一批国家在公平地域分配基础上从每个区域组中抽签选出。除自愿要求的以外，按这些国家的国名字母顺序进行安排。

审查由理事会成员国组成的一个工作组进行。它将得到一个从理事会成员国中抽签选出的3名报告员组成的报告员小组（三人小组）协助，包括编写报告，并与接受审议的国家进行互动对话。除所涉国家的报告和它认为相关的任何其他资料外，特别程序、人权条约机构和其他来源的情报，如非政府组织和国家人权机构的建议将作为审查时考虑的因素。审查的最后结果由理事会全体会议通过，其具体形式是一份报告，其中载有审议工作的议事记要、结论、建议以及所涉国家自愿作出的承诺。审查的结果主要由所涉国家和在适当时由其他相关利益方落实。

普遍定期审查（UPR）是人权理事会确保人们普遍享有人权的一个主要支柱，它是其他人权机制的补充而不是重复。该机制以客观可靠的资料以及互动对话为基础，透明、非选择、具有建设性、非对抗和非政治化地审议所有国家的人权状况，避免了前人权委员会讨论的政治化或过分夸大。理事会已排定2008年

至 2011 年审议的批次和国家顺序，2008 年工作组对第一批 48 个国家进行审议。因此，普遍定期审查成为人权理事会促进所有人人权的一项高度引人注目的建设性重要活动。

7. 人权理事会申诉程序

这是人权理事会根据联大第 60/251 号决议的授权、通过《联合国人权理事会的体制建设》决议建立的一个允许个人或非政府组织提起申诉的程序，以处理在世界上任何地方和任何情况下发生的经证明确系一贯和严重地侵犯所有人权和基本自由的情事。该申诉程序以经济及社会理事会 2000 年修订的 1970 年“有关侵犯人权及基本自由的来文的处理程序”（即 1503 程序）为基础，建立了两个不同的工作组，即来文工作组和情势工作组。来文工作组由人权理事会咨询委员会从其委员中指定的 5 名独立专家组成，情势工作组由从理事会成员国中指定的 5 名成员组成。

来文工作组主席会同秘书处根据可受理标准对侵犯人权和基本自由的来文进行初步筛选。明显没有根据的和匿名的来文将被剔除。在初步筛选中没有被拒绝的来文递送有关国家，以获得其对侵犯指控的看法。所有可受理的来文和建议都需递送情势工作组。情势工作组据此以决议或决定草案的形式，向理事会提交一份关于一贯严重侵犯人权与基本自由且已得到可靠证实的做法的报告，并向理事会提出可采取行动的建议。随后，理事会就提请它注意的每个情势作出决定。这可以是如下一种：停止审议；继续保持审议，并请所涉国家进一步提供资料，或任命一位独立的高级专家监测该情势并向理事会提出报告；转为公开审议；建议人权事务高级专员办事处向所涉国家提供技术合作、能力建设援助或咨询服务。所有申诉程序都是保密的。

与前人权委员会的 1503 程序相比，人权理事会申诉程序有以下显著特点：（1）主要面向受害人，且能及时启动。如它允许受理非受害人、所依据的不完全是大众传媒的报道以及国内补救办法看来不会奏效或会被不合理地拖延的来文；来文初步筛选由来文工作组主席与秘书处进行；驳回来文需透明化；工作组可以简单多数票作出决定。（2）公正、客观和高效。这表现在：受理申诉来文有明确的标准；工作组撤销案件或建议采取行动的决定要有正当理由；工作组每年至少要举行两期会议、理事会至少每年要举行一次会议来审议来文或提请注意的情势；以及申诉人和有关国家在审查的主要阶段应获得审议情况的通报。（3）理事会在结束程序时有采取措施的多种选择。

二、国际人权法的国内实施

国际人权文书中规定的承认、尊重和保护人权的义务的实现，基本上由各国采取“必要的步骤”和“措施”，主要是“立法措施”来完成的。1966年两人权公约第2条都规定，缔约国承允保证人人享有公约所载的各项权利，不因种族、肤色、性别、语言、宗教、政见或其他主张、民族来源或社会阶级、财产、出生或其他身份等而受歧视。对于公民权利和政治权利，缔约国承允遇现行立法或其他措施尚无规定时，各依本国宪法程序，并遵照《公民权利和政治权利国际公约》的规定，采取必要步骤，制定必要之立法或其他措施，以实现该公约所确认之权利。对于经济、社会和文化权利，缔约国承允尽其资源能力所及，各自并借国际协助与合作，特别是经济与技术方面的协助与合作，采取种种步骤，以便用一切适当方法，尤其包括通过立法措施，逐渐达到《经济、社会、文化权利国际公约》中所承认的权利充分实现。1998年《人权卫士宣言》更明确规定，各国负有首要责任和义务保护、促进和实现一切人权和基本自由，除其他外，应采取可能必要的步骤，在社会、经济、政治以及其他领域创造一切必要条件，建立必要的法律保障，以确保在其管辖下的所有人能单独地和与他人一起在实际享受所有这些权利与自由；每一国家均应采取可能必要的立法、行政和其他步骤，以确保该宣言所提的权利和自由得到有效的保证。

立法措施即通过立法手段将尊重和保护人权的国际义务予以国内法宣示和保障。《人权卫士宣言》第3条规定，符合《联合国宪章》和各国在人权和基本自由领域的其他国际义务的国内立法，是落实和享受人权与基本自由，以及进行该宣言所提一切促进、保护和有效实现这些权利和自由的活动的法律框架。2002年“加强法治”的决议指出，各国的“法治是保护人权的一个必要因素”。司法措施是指通过国内法律和司法系统，对侵犯人权的行为予以防止、惩治，并对受害者提供适当的民事、刑事和行政救济。《公民权利和政治权利国际公约》等人权条约明确要求缔约国确保权利或自由遭受侵害的任何人均能获得有效的救济，即使是公务员执行职务的侵权行为所致，也不例外。行政措施包括调整和规范政府机构、社会团体和个人的行为，执行主管当局的裁决，保持、指定或建立国家人权机构，以及进行人权的教育、培训、宣传和研究等。

国家在国内层次采取措施实施人权时，有权根据自己的具体情况对人权的享有加以限制。这种限制有两个方面：

（1）克减缔约国义务。按照《公民权利和政治权利国际公约》第4条第1

款，缔约国有克减权，即在社会紧急状态威胁到国家的生命时，缔约国可以采取措施克减其依该公约所承担的义务。但是，缔约国行使克减权受如下限制：1）社会紧急状态威胁到国家的生存；2）必须经正式宣布；3）克减的程度以危急情势所绝对必要为限；4）克减措施不得与它根据国际法所负的其他义务相抵触，并不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视；5）该公约规定的下列权利不得克减：生命权，免于酷刑、残忍和不人道待遇的自由，免于奴役和强迫劳动的自由，免于因债务而被监禁的自由，禁止刑法的溯及效力，法律前的人格权，思想、良心和宗教自由；6）克减的条款及其理由应立即经由联合国秘书长转告该公约其他缔约国。《欧洲人权公约》第 15 条和《美洲人权公约》第 27 条也有类似规定。

（2）法律规定、保障公共安全或增进公共福利等的必要。《公民权利和政治权利国际公约》以及《经济、社会、文化权利国际公约》规定，宗教信仰自由、言论自由、集会结社自由、组织和参加工会的权利以及罢工权利等应受各国“法律规定的限制”，以及受“为保障公共安全、秩序、卫生或道德或他人的基本权利和自由所必需的限制”。

中国一贯尊重《联合国宪章》促进人权和基本自由的宗旨与原则，积极支持和参加国际人权领域的活动，反对人权政治化和双重标准，主张通过对话与交流来加强各国在人权方面的相互了解和合作，为不断丰富人权概念内涵、促进人权健康发展和对人权的普遍尊重作出了贡献。中国重视国际人权文书在促进和保护人权方面发挥的重要作用，迄今已先后批准或加入了包括《经济、社会、文化权利国际公约》在内的二十多项国际人权公约。我国还在 1998 年 10 月签署了《公民权利和政治权利国际公约》、2007 年签署《残疾人权利公约》，投票支持联合国《土著人民权利宣言》。对于批准或加入的国际公约，中国政府都认真履行公约所规定的义务，通过立法、司法、行政等措施严格执行公约的规定，并按时提交有关公约执行情况的报告。目前，我国已初步建成了比较完整的保障人权的法律体系。特别是 2004 年宪法修正案首次引入“人权”概念，明确规定“国家尊重和保障人权”。这是中国人权发展的一个重要里程碑，开创了用宪法保障人权的新时代。

【课堂讨论案例】

B1 是 A 国 A1 省西北部 B 土著部族的一支。A 国政府与 B1 酋长签订协定，

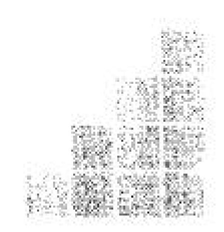
宣布B1族的传统生活和游牧区为保留地，并承认他们有权维持其传统语言、文化和生活方式。A国批准《公民权利和政治权利国际公约》及其第一任择议定书后，颁布了《文化促进法》，制定了在保留地区推广官方语言的计划。在这一计划的安排下，越来越多的土著后裔将官方语言作为主要语言，其传统语言有被淡忘之势。由于B1保留地经勘探发现巨大油气田，A1省政府遂向中央政府请求征用保留地用于油气开发，得到允许。于是，B1酋长致函人权事务委员会，指控A国政府违反了根据公约第1条所应承担的义务，剥夺了该族人民的自决权和享受其固有文化、使用其固有语言的权利。

请结合本章内容，思考下列问题：

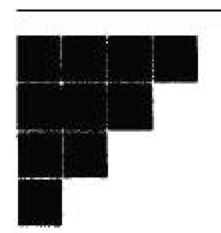
(1) B1是否享有自决权?

(2) 人权事务委员会是否应该受理B1酋长的来文?





第六章



国家领土

本章概要

国家领土通常由领陆、领水、领空和底土四部分构成。除条约和习惯的限制外，国家对其陆地内的水域享有完全的排他性主权。国家领土取得的方式传统上有先占、添附、时效、割让和征服。限制领土主权的形式主要有共管、租借、国际地役和势力范围。国家边界通常是依条约划定的，一般包括三个步骤：定界、标界和制订边界文件。南北两极的法律地位不同。以《南极条约》为核心的“南极条约体系”建立了南极的国际法律制度，而北极没有类似的法律制度。

关键术语

国家领土　国际河流　先占　时效　割让　征服　国际地役　国家边界　占有原则　南极条约

第一节 概 述

一、国家领土的概念和意义

国家领土是指处于国家主权支配之下的地球的特定部分。国家领土可大可小，但如果没有领土，则无所谓国家。一个游牧部落，在确定的领土上定居以前，不是一个国家。在世界上，没有领土的国家是不存在的。

国家领土的重要性在于它是国家行使其最高并且通常是排他的权威的空间，亦即领土是国家行使主权的空间。因为国际法承认每一国家是其领土内的最高权威，在领土上或进入领土内的任何人或物，都当然处于该国的最高权威之下。在本国领土内，外国当局没有任何权力。除非国际习惯或国际条约的限制，国家行使领土主权不受限制。所以，国家领土是国家行使主权的对象，是国际法的客体。

国家领土的重要性表现在国际关系上，就是要尊重国家领土的完整和不可侵犯。国家领土主权是国家主权的重要内容和表现。尊重国家领土的完整，就是尊重国家主权。破坏国家领土完整，就是侵犯国家主权。因此，现代国际法特别强调各国领土完整的不可侵犯。《联合国宪章》等国际文件明确规定，各国在国际关系上不得使用武力或以武力威胁侵犯任何国家的领土完整。因此可以说，领土完整的不可侵犯是现代国际法上一项公认的基本原则，是一切国家都必须尊重和遵守的。国家领土的完整，不仅仅是一个地理上的概念，而是整个领土范围的完整性和不可侵犯性。

二、国家领土的构成

国家领土是由各种不同的部分组成的。通常，国家领土包括领陆、领水、领空和底土。

1. 领陆，即国家疆界以内的全部陆地。它既可以是大陆领土，也可以是岛屿，或者既包括大陆领土，又包括岛屿。如果一个国家是内陆国，其领陆则全部由大陆陆地构成；如果一个国家是岛国或群岛国，则其领陆由全部岛屿或群岛构

成；如果一个国家是大陆沿海国，则其领陆通常由大陆领土和一些岛屿构成。

2. 领水，即在陆地疆界内或与其陆地相邻接的水域。它包括内水和领海两部分。内水有广义、狭义之分。狭义的内水指领海基线向海岸一侧的海域；广义的内水还包括陆地领土内的所有水域，如河流、湖泊和内陆海等。内水与领陆的法律地位相同，完全受一国领土主权的支配。领海是领海基线以外一定宽度的海域，处于沿海国领土主权之下。在群岛国情形，其领海位于群岛基线以外，群岛基线以内的水域不是内水，而是群岛水域，群岛水域受群岛国家主权的支配。

3. 领空，即领陆和领水之上一定高度的空气空间。领空受国家主权的支配。至于国家主权及于多少高度，取决于领空与外层空间的分界线。目前这个问题尚未定论。

4. 底土，即领陆和领水之下无限深度的地层，是国家领土的当然组成部分。有学者称之为地下领土。

在国家领土的上述各组成部分中，领陆是最基本的部分，其他部分是领陆的附属部分，与领陆不能分离。因为水域附随于陆地，上空和底土又附随于陆地和水域。领陆如发生变动，附随于领陆的其他部分也随之变动。

就地理位置而言，一国的领土可以是连续的，即全部领土连成一片，也可以是分散的。有的国家领土的一部分或全部甚至完全为另一国家所包围，形成所谓的“飞地”，如俄罗斯的加里宁格勒。[①] 无论国家领土是连续的还是分散的，只要处于该国主权之下，都是该国的领土，而不问该土地的地理位置或自然状态。

国家除享有主权的领土区域外，尚有某些享有管辖权的海域。根据 1982 年《联合国海洋法公约》的规定，沿海国可对领海以外的某些海洋区域，如毗连区、大陆架或专属经济区行使某些事项的管辖权。但这些海域不构成沿海国领土的一部分。

与国家领土的真实部分不同的是，有些学者认为还有一种拟制的领土部分，如在公海上以及在他国领水内的军舰或其他公有船舶被视为国家领土的浮动部分，用做外国使馆馆舍的房屋在许多方面被视为使节本国领土的一部分。但是，这只是虚拟的说法，而不是真正的领土。这种说法十分牵强附会，不是一般所能接受的。[②]

---

① 加里宁格勒的北面和东面是立陶宛，南面是波兰，西面是波罗的海。

② 参见周鲠生：《国际法》，上册，324 页。

第二节　内陆水

内陆水即陆地内的水域，包括河流、运河、湖泊和内海等。

一、河流

河流是沿河国领土的一部分，在国际法的理论上和实践中是一致的。根据其所处的位置和流经的国家以及法律地位，河流可分为国内河流、国界河流、多国河流和国际河流。

国内河流是指从河源到河口全部位于一国境内的河流，故又称为内河。这种河流完全处于沿河国的主权之下，因此，沿河国对其的管理和使用，如航行、水资源的开发和利用等享有完全的和排他的权利。除非有条约规定，国家可以拒绝任何外国船舶进入它的内河，或者仅在一定条件下准许它们进入。如根据我国1983年《关于外国籍船舶航行长江水域管理规定》，外国船舶经我国港务监督批准后，可以进入长江水域及其港口，但必须遵守我国一切有关的法律规章。

国界河流是指分隔两个国家领土，并以此为界的河流，故又称为界河，如黑龙江、乌苏里江是中俄两国的界河。界河的界线，一般是河流的主航道的中间线或河床的中间线。界线两侧的水域分别属于两沿岸国所有，它们各自在自己一侧的水域行使主权。在航行上，两沿岸国的船舶都可以自由航行。关于河水的使用、捕鱼、河道的管理和维护，则由两沿岸国协议解决。这种协议通常建立双边机构，就共同采取的措施作出安排，如美国和加拿大的界水委员会。

多国河流是指流经两个以上国家领土的河流。多国河流流经各沿岸国的各段，分别属于各沿岸国所有。如同对内河的使用和管理一样，各沿岸国对多国河流属于自己的那一段行使主权，但这种权力的行使应顾及其他沿岸国的利益，不得滥用。如果多国河流是可航的，普遍的实践是允许各沿岸国的船舶在整个河流航行，禁止非沿岸国的船舶航行。如果是不可航的，则主要体现在水资源的开发与利用上。多国河流的上游国不得故意使河流改道，或采取可致下游河水泛滥或枯竭的措施，如在上游筑坝。

国际河流是指流经两个以上国家并对所有国家的船舶开放的河流。这种河流

与多国河流一样，河流流经的各段分别属于各沿岸国所有，但它的地位却是由国际条约规定的，所以又称为"国际化河流"。多国河流国际化的制度是在19世纪形成的。1856年《巴黎公约》和1868年《曼海姆公约》规定多瑙河、莱茵河对一切国家开放，实行自由航行。

1921年《国际性可航水道制度公约及规约》对国际河流的法律制度作了明确的规定。根据该公约，各缔约国"对于属于本国主权下或管辖下的可航水道各部分，应允许悬挂其他缔约国旗帜的船舶自由航行"。在航行时，"所有缔约国的国民、财产及旗帜在一切方面均应完全平等对待"。除为维持和改善水道通航而征收的公平捐税外，不得征收任何捐税。各沿岸国都不得采取足以减少航行便利的措施，并且必须除去对航行可能发生的障碍和危险。《巴塞罗那公约》以后，国际河流的制度又有新发展。1948年，多瑙河各沿岸国就多瑙河的国际航行制度重新订立了公约。1963年，尼日尔河流域的非洲国家也签署了新的国际条约。

国际河流通常由各沿岸国组成的委员会来统一管理。目前，世界上重要的国际河流有多瑙河、莱茵河、刚果河和尼日尔河等。

确立国际河流制度最初主要在于船舶航行方面。后来，国际河流航行以外的其他使用问题如能源、灌溉、工业生产以及污染引起国际关注。就如国际河流的自由航行制度需要用国际条约来确立一样，对这些问题也需要用特别国际协定来加以规定。1987年，赞比亚河流域国家签署了《关于赞比亚河流共有系统的环境有效管理的行动计划的协定》。1991年，有关欧洲国家签署了《保护莱茵河免受氯化物污染公约的议定书》。1997年联合国大会通过了《国际水道非航行使用法公约》。

二、运河

运河是指在一国境内用人工掘成的水道，其法律地位与一般国内河流相同。但有些运河两端连接海洋，成为所谓的"通洋运河"，它们虽然位于一国境内，却对国际航行具有重大价值，从而在历史上被确立为国际化运河，成为国际通航水道。目前，世界上重要的通洋运河有苏伊士运河和巴拿马运河。

（一）苏伊士运河

苏伊士运河是世界上最重要的通洋运河。它连接地中海和红海，完全位于埃及境内。苏伊士运河于1859年开始开凿，于1863年竣工，并于1869年开放。1888年《君士坦丁堡公约》确立了该运河的法律地位和航行制度。

按照该公约，苏伊士运河实行中立化。该公约规定：（1）运河在平时和战时对所有国家的商船和军舰一律开放；无论平时或战时都不允许企图限制该运河的自由使用；运河永久不得加以封锁。（2）在战时，交战国不得在运河内或在运河港口 3 海里以内从事敌对行为；交战国军舰通过运河时不得停留；除绝对必要的情况外，交战国军舰在塞得港或苏伊士港内停留不超过 24 小时；在运河及其港口内不得装卸军队、军火及其他战争物资。（3）军舰不得在运河内停泊；在运河内不得设立永久性的防御工事。

苏伊士运河曾长期由英法两国控制的国际苏伊士运河公司直接经营管理。1956 年 7 月 26 日，埃及政府发布了关于国际苏伊士运河公司国有化的法令，恢复了对苏伊士运河的主权和经营管理权。1957 年 4 月 24 日，埃及政府发表单方面声明，宣布尊重 1888 年《君士坦丁堡公约》的规定和精神及由此产生的权利和义务，保证一切国家在该公约规定范围内的自由和无障碍地航行。

（二）巴拿马运河

巴拿马运河是另一条重要的通洋运河。它连接太平洋和大西洋，完全位于巴拿马境内。1903 年，美国通过《海—瓦里拉条约》从新独立的巴拿马共和国取得开凿运河的权利。1914 年，巴拿马运河开放。根据确立运河地位的《海—庞斯福条约》（1901 年）和《海—瓦里拉条约》，该运河受美国控制，适用与苏伊士运河相同的自由航行和中立化制度。

2000 年 1 月 1 日，巴拿马收回运河主权，单独负责运河的管理、维护和防卫。根据 1977 年《关于巴拿马运河永久中立和运河营运条约》，巴拿马运河作为国际通航水道，保持永久中立；无论平时或战时，均向和平通过的所有国家的船舶平等开放。

这里还得提一下基尔运河。基尔运河连接波罗的海和北海，是德国完全在自己境内开凿的，于 1896 年开通。1919 年《凡尔赛和约》规定该运河对所有与德国保持和平关系的国家的商船和军舰平等开放，因此该运河被国际化。1936 年德国单方面废除上述条款，从而引起基尔运河是否仍受上述条款拘束的问题。但在实践中，基尔运河仍向所有国家的船舶平等开放。

三、湖泊和内陆海

湖泊和内陆海完全为陆地包围且不通海洋，它们毫无疑问是有关国家领土的一部分。如果为一国陆地所包围，则为该国的领土。如果为两个或两个以上国家

的陆地所包围，其疆界的划分和利用通常由条约来规定。

湖泊和内陆海为陆地包围且通海洋，情况则比较复杂。按传统的国际法理论，如果这种湖泊或内陆海及其通海道完全为一国陆地包围，则为该国的内水。如果为两个或两个以上国家的领土所包围，是湖泊或内陆海还是公海，理论上没有一致的意见。这类湖泊或内陆海的法律地位通常依有关沿岸国的协议或国际公约来解决，如黑海。1856年《巴黎和约》将黑海中立化，并且宣布黑海对一切国家的商船开放。1936年《蒙特勒公约》维持了黑海的自由航行制度，并且规定博斯普鲁斯海峡和达达尼尔海峡无论在平时或战时均对各国商船开放，在和平时期，黑海沿岸国的军舰可自由通过海峡，而非沿岸国的军舰在通过海峡时则受到总吨位和停留时间的限制。

第三节　国家领土的取得和变更

国际法上国家领土的取得不应与新国家的成立或私人或法人取得土地相混淆。在国际法的初期，国家领土的取得适用罗马法中关于取得私有财产的规则。但在现代，这类规则就不能再全部适用了。因为国家领土的取得通常是指对领土的主权的取得。国家领土的变更，也就是领土的主权的变更。通常认为，国家领土取得和变更的方式传统上有五种，即先占、添附、时效、割让和征服。有的学者还按所取得的权利是否来自先前的国家，将它们分为原始的取得和转承的取得。割让属于转承的取得方式，先占、添附、时效和征服则属于原始的取得方式。①

一、先占

先占（亦称占领）是一个国家有意识地取得当时不在任何其他国家主权之下的土地的主权的一种占取行为。先占的主体必须是国家，而先占行为必须是一种国家行为。先占的客体必须是不属于任何国家的土地，即“无主地”。这种土地或者完全无人居住，或者虽有土著居民，但该土著社会不被认为是一个国家，或

① 参见［英］劳特派特修订：《奥本海国际法》，王铁崖、陈体强译，上卷，第1分册，69页。



者为原属国所放弃。

先占的完成在不同历史时期的要求不同。在15、16世纪大发现时期，象征性行为即足以构成对无主地的法律权利。在18世纪及以后，国际法则要求先占的完成必须是实现有效占领。有效占领的两个基本事实是：（1）占有，即以国家名义宣布占有该土地，把它置于自己主权之下，如发表声明、悬挂国旗、竖碑、移民定居等；（2）行政管理，即设立行政组织，维持先占土地的公共秩序。一旦实现有效占领，先占行为即完成，所占领的土地即构成占领国领土的一部分，除非占领国从该土地上撤退或因其他情况失去了有效占有和控制，其他国家就不能用同样的方法取得该土地。

先占与发现是有联系的。虽然发现一块过去无人知晓的土地并不等于发现者从事探险时所服务的国家已经用占领方法取得了该土地，但发现却给发现者的国家以一种不完全的所有权。这种权利使发现者的国家在对被发现的土地加以有效占领所需要的合理期间内，“有暂时阻止另一国加以占领的作用”，亦即在发现者的国家完成占领的合理期间内，被发现的土地不得成为他国先占的对象。

二、添附

添附是指土地通过新的形成而增加。这种新的形成可能只是现有国家领土的变化，如完全在一国领土内的河流或部分河流中出现一个岛屿，在这种情况下，领土并没有随陆地的增加而增加；也可能是现有国家领土的扩大，如在领海内出现一个岛屿，使领海基线外移。由于新的形成而造成的领土扩大，是由于添附而当然发生的，所以，有关国家扩展它的主权无须采取任何特殊步骤，这是一项习惯国际法规则。因此，添附被认为是原始取得领土的方式。

添附有自然添附和人工添附两种。自然添附是由于自然力的作用而产生新的土地，如涨滩、三角洲、新生岛屿、废河床等。人工添附是由于人工造成的，如围海造田、筑堤等。不过，这种添附有时涉及其他国家的利益，在未与有关利益国达成协议之前，不能进行这种添附。如在界河的自己一侧筑堤使河水侵占河流的对岸，则是不合法的。任何国家不得通过改变其本国领土的自然状态，而使邻国领土的自然状态遭受不利。① 另外还需注意的是，在海上建造的人工岛屿、设

---

① 2003年9月，马来西亚由于不满新加坡在柔佛海峡进行填海工程，向国际海洋法法庭提出临时措施的申请。See *Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor* (*Malaysia v. Singapore*), *International Tribunal for the Law of the Sea*, 10 September, 2003, List of Cases: no. 12.

施或结构，不构成添附。1982年《联合国海洋法公约》规定，人工岛屿、设施和结构不具有岛屿地位。它们没有自己的领海，其存在也不影响领海、专属经济区或大陆架界限的划定。

三、时效

时效是指一国长期、不间断和公开地占有、统治他国部分领土而取得该部分领土的主权。时效概念来自罗马法，被类推适用于国际法。但国际法上的时效并不以国内法上的“善意”为必要条件。即使最初是不正当地和非法地占有他国的部分领土，只要这种占有是长期、不间断的和公开而稳定的，以至于造成一般信念，以为事物现状是符合国际秩序的，那么这个国家就被视为这块土地的合法所有者。至于时效的时限，国际法上没有统一的规则，而依各个事件的具体情况而定。公开而稳定是指占领国对占领的土地不受干扰地行使主权，或者从相对一方来说，他国对被占领的土地不提出抗议或反对，或者虽曾提出抗议或反对，但以后不再继续提出抗议或反对。例如，一国明知一个岛屿已经为他国所占领而恶意地予以占领，并且能够长时期不受干扰地继续占有，直到从前的所有者不再抗议并默示地放弃它的主张，各国之间就会产生事物现状是符合国际秩序的信念，占领国则依时效成为该土地的合法所有者。这里可见，时效与先占不同：前者是占领他国的部分领土，后者是占领无主地。

在国际法律实践中，时效并不是一项单独存在的法律原则，它通常是与默许、禁止反言的观点以及抗议或不抗议的效果联系在一起的。所以，时效的适用更多地依赖于对某一特定情势的事实的评估。简言之，时效不能单独作为取得或丧失领土的方式，而是一个合在一起创设或破坏某种权利的一群因素的方便词。

四、割让

割让是指一国通过条约将其对国家领土的主权转移给另一国。原则上，任何国家都可以把它的部分领土割让给另一个国家，甚至可以割让它的全部领土而与另一个国家合并。但是，割让的构成应顾及三个方面：第一，如果国内法有关于割让领土的限制，那么违反这些限制的割让条约则是无效的。第二，必须有转移主权的意思。取得管理权，即使是排他性的，而没有割让领土主权的意思，不能构成割让。第三，领土的某些组成部分，例如河流、领海，不能离开土地而单独割让。

割让是以条约为基础的，有强制性割让和非强制性割让两种。强制性割让是战胜国在战后和约中迫使战败国将其部分领土转移给自己。这种割让通常是战争或战争威胁的结果。例如，1871 年普法战争后，战败的法国根据《法兰克福和约》将阿尔萨斯和洛林地区割让给普鲁士（1919 年已归还法国）。这种割让现在已被废弃。1969 年《维也纳条约法公约》第 52 条规定，条约系违反《联合国宪章》所含国际法原则以威胁或使用武力而获缔结者无效。

非强制性割让是有关国家出于不同的动机和不同的目的在平等、自愿基础上和平谈判的结果，其形式表现为：(1) 赠与或自愿合并，如 1866 年奥地利将威尼斯赠与法国，1990 年民主德国合并于联邦德国。(2) 买卖，如 1867 年俄国将阿拉斯加卖给美国。(3) 交换，如 1960 年中国和缅甸根据两国签订的边界条约，中国将中缅边界的猛卯三角地与缅甸的班洪、班老部落地区进行了交换。

五、征服

征服是指战争结束后，征服国将被征服国领土全部或部分加以兼并的行为。仅仅征服本身并不当然使征服国成为被征服领土的主权者。只有在征服国已经牢固地确立了征服之后，并且战争状态已经结束，然后正式兼并了该领土的时候，征服才是取得领土的一种方式。征服不同于割让。如果战败国在战后和平条约中同意将被征服的领土转移给战胜国，这种取得领土的方式则不是征服，而是割让。征服也不同于战时占领。在战争持续期间，对领土的强制占有，无论征服者的最终意图如何，只要战争未结束，这种占领不能赋予所有权。

在发动战争被承认为是一种主权权利和战争是合法的时期，征服被接受为领土取得的一种方式。但在现代国际法上，征服作为国家取得领土的一种方式，在法律上已再没有存在的余地了，因为根据现代国际法确立的原则，凡以取得领土为目的而发动的战争，都是非法的。

值得一提的是第二次世界大战后英、美、法、苏四国对德国的占领。虽然这种占领在法律上一直持续到 1990 年联邦德国与民主德国达成统一协议时才终止，但这种占领不构成对德国的兼并。因为四国根据 1945 年的联合声明取得的对德国的“最高权力”并不是兼并德国，而是德国的未来疆界和地位将由四国予以决定。

在上述五种领土取得方式中，除添附外，其他几种方式都曾被殖民主义、帝国主义广泛利用，以达到夺取他国领土的目的。所以，以现代国际法的观点来看，只有添附符合国际法，其他几种方式都不能作为取得领土的有效根据。然

而，它们仍具有历史的意义。当涉及历史遗留下来的领土问题时，领土所有权的根源必须依据有关事实发生当时的法律来判断。这就是国际法上的时际法原则。

随着国际法实践的发展，一些传统的领土取得方式已不再适用，而产生了新的方式。其中特别重要的是人民自决的方式。

人民自决作为国际法的一项基本原则，在领土主权的决定中起重要作用，曾被外国奴役和统治的民族或人民获得独立，建立了新国家，对其领土拥有主权。这种方式的特点在于实行自决的人民真正自由地表达自己的意志，自由决定自己领土的命运，如1972年巴布亚新几内亚通过公民投票决定独立。

第四节 领土主权与限制

领土主权是国家在其领土范围内享有的最高的和排他的权力。它包含领土所有权和领土管辖权或统治权两方面的内容。[①] 领土所有权是指国家对其领土本身以及领土范围内的一切自然资源享有占有、使用和处置的权利。这种所有权与在国内法上土地是否属于国家所有没有必然联系。领土管辖权即国家对其领土范围内的人、物和事件行使排他性管治的权利。

领土主权不是绝对的，其行使常常受到某些限制。这些限制来自两个方面：一般国际法和国际条约。一般国际法的限制如国家不得禁止外国船舶在其领海内的无害通过，国家有义务防止任何人在其领土上作出有害他国的行为。国际条约的限制是对领土主权的特殊限制，其形式主要有共管、租借、国际地役和势力范围四种。

1. 共管

共管是两个或两个以上的国家对某一特定的领土共同行使主权。例如，第二次世界大战结束后，英、美、法、苏四国对德国的共管。共管还可以是有关领土纠纷未解决之前的一种临时安排。例如，1998年，以色列根据巴以临时和平协议将杰宁地区完全由以方控制的2%的C区变为双方共管的B区，作为以军从约旦河西岸撤军的过渡措施。

---

① 参见周鲠生：《国际法》，上册，320页；梁淑英：《论国家领土主权》，载《法学论坛》，1997(5)。

2. 租借

租借是指一国根据条约将其部分领土出租给另一国。在自愿基础上的租借，是合法的。例如，1944 年芬兰将波尔卡海军基地借给苏联使用。但历史上的租借大多是不平等条约的产物。例如，19 世纪末，我国清政府在不平等条约下，被迫先后将胶州湾租给德国，将旅顺和大连租给俄国，将广州湾租给法国，将威海卫和九龙租给英国。

租借一般是有期限的，如九龙租给英国的期限是 99 年。但有些租借是永久性的，如 1903 年巴拿马将巴拿马运河区租给美国永久"使用、占有及控制"。无论租期多长，租借所转让的都不是领土主权，而是使用权和管辖权。租期届满，租让国收回租借地或延长租期。即使租借未到期，租让国也有权收回，即便是永久租借也如此。例如，根据 1977 年《巴拿马运河条约》，巴拿马于 2000 年 1 月 1 日收回了运河区。

3. 国际地役

国际地役又称国家地役，是指一国根据条约对其领土主权所加的一种特殊限制，据此，国家领土的一部或全部在一定范围内为另一国家的某种目的或利益服务。这个概念源自罗马法。国际法采用地役概念，是将领土主权类比于土地所有权的结果。国际地役是根据国家之间的条约而产生的，它的主体只能是国家。一国给予外国人或外国公司的权利不构成国际地役。国际地役的客体是国家领土的一部或全部，包括陆地、河流、领海、底土或领空等。对领土主权的限制，如果不是使国家的领土的一部或全部本身为另一国家的目的或利益服务，就不是国际地役。以国家领土为客体，是区别国际地役与其他对领土主权的限制的标志。所以，用条约禁止一国拥有武装力量或不允许它的武装力量超过一定规模，虽是对领土主权的限制，但不是国际地役，因为它并不是以一个国家的领土为另一个国家的利益服务。

国际地役是一种对物权利。领土发生变动，附着于该领土的地役仍然有效。国际法院在 1960 年"印度领土通过权案"的判决中宣告，葡萄牙通过印度领土的权利"不受印度独立时发生的有关领土的制度变化的影响"。

国际地役按其性质可分为积极的地役和消极的地役两种。前者是指一国允许另一国在其领土内从事某种行为，如筑路、设立关税、军队过境或驻扎、捕鱼等。后者是指一国要求另一国不得在其领土内从事某种行为，如不得在某城镇、区域、地方或岛屿设防。由此可见，积极的地役侧重于"容忍"，消极的地役侧重于"不作为"。

国际地役的概念在国际法理论上是有争议的，现代国际法基本上不使用这个

概念。常设仲裁法院在1910年"北大西洋渔业案"中否定了美国提出的国际地役的论点。国际法院在"印度领土通过权案"中未提及国际地役的概念，只承认葡萄牙在有限范围内享有通过印度领土的权利。

4. 势力范围

势力范围的概念是19世纪欧洲殖民国家在非洲将其占领渐次向占领地的内部或内陆推进的过程中出现的。为实现在非洲扩大殖民地的计划，避免冲突，欧洲殖民国家订立协定，划分各自未来夺取领土的范围。因此，势力范围是指专门保留由已经有效占领了邻近土地的国家将来加以占领的那些土地。例如，英国在19世纪曾先后与葡、意、德、法缔结了关于势力范围的条约。后来，这种做法扩及适用于其他主权国家。例如19世纪末，帝国主义列强通过不平等条约在我国领土上划分势力范围。这种违反国家主权原则的做法早已为国际社会所抛弃。

第五节 国家边界

一、国家边界的概念

国家边界是分隔一国领土与他国领土，或国家管辖范围与国家管辖范围之外的区域的界线。国家边界的作用在于确定国家领土的范围或国家管辖的范围。根据国家边界不同的地理位置，边界可分为陆地边界、海上边界和空中边界等。但陆地边界是基础，其他边界最终都取决于陆地边界的位置。另外，海上边界（如领海、大陆架或专属经济区）的划定应遵从不同于划定陆地边界的法律原则和规则。

国家边界可以有边界标志，也可以没有边界标志。以自然物为标志的为有形边界，如界山、界河、界碑等。而以地球的经纬度或几何线标明的边界则为无形边界。以经纬度为界的，称为天文学边界，如美国和加拿大之间的部分边界以北纬49度作为边界线。以几何线为界的，称为几何学边界。海上边界、空中边界都属于无形边界。

边界与领土不可分，它构成国家领土的一部分。因此，侵犯国家边界，就是侵犯国家领土主权。



二、划界

（一）边界条约

从国际实践看，国家边界的形成有两种情况：第一，由历史上逐渐形成的传统边界线构成。第二，由国际条约划定。通过条约划定边界，可以是多边条约，但更经常的却是双边条约。由于传统边界线往往具有不确定性，易于引起争端，所以这种边界也需要通过条约来确认。因此，依条约划定边界是确定边界的通常做法。根据条约划定的边界，不仅明确，而且具有长期的稳定性。1978 年《关于国家在条约方面继承的公约》明确规定，国家继承本身不影响条约划定的边界或条约规定的与边界制度有关的权利和义务。1969 年《维也纳条约法公约》和 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法公约》都规定，“情势变迁”原则不适用于边界条约。

（二）划界程序

通过条约划界通常包括三个重要的程序：

1. 定界。即有关国家签订边界条约，确定两国边界的主要位置和边界的基本走向，并对边界线予以具体、明确的描述。

在订立边界条约时，如果以某种特殊的自然地形为界，除历史传统或条约有相反规定外，其边界线一般适用下列原则：

（1）界河

以河流为界，如果这种河流是可航的，则以河流的主航道的中间线为边界线；如果是不可航的，则以河床的中间线为边界线。例如 1960 年《中缅边界条约》第 8 条规定，凡是以河流为界的地段，不能通航的河流以河道中间线为界，能够通航的河流以主要航道（水流最深处）的中间线为界。如果由于自然力的作用使河水缓慢改道，那么边界线也随之移动；如果改道是突然发生的，边界线仍在原来的位置上。如果界河上有桥梁，边界线则在桥梁的中间。

（2）界山

以山脉为界，通常以分水岭为边界线。如 1961 年《中缅关于边界的议定书》第 2 条规定，凡是《中缅边界条约》第 7 条规定以分水岭为界的，即以分水岭的山脊为两国的界线。但由于山脉的构造十分复杂，因而划定边界时并不一定必须采用分水岭规则，沿山麓、最高峰等的线也可以作为边界线。

（3）界湖或疆界内陆海

以湖泊或内陆海为界，边界线通常是这种湖泊或内陆海的中间线或等距离线。

2. 标界。边界条约签订以后，即进入标界阶段。标界通常由缔约方的代表联合组成的划界委员会进行实地勘察，在地面上实际标明疆界。如果情况需要，以界桩、界碑或类似物体标明。

3. 制订边界文件。标界完成后，有关国家即拟定边界议定书，并绘制地图。议定书及地图经双方代表签字或政府批准生效后即作为边界条约的附件。

边界条约可能附有地图。地图的作用在于它在解释边界线时可以作为一种证据。地图作为证据的效力取决于与每个案件的相关程度及其在实质上的优势。例如国际法院在 1986 年“布基纳法索——马里边界争端案”中指出，地图虽然可以通过附于一个正式文本而取得法律效力，但地图本身不具有法律效力。如果地图与边界条约或议定书不一致，原则上应以边界条约或议定书为准。但实践中的例外情形却是存在的。例如国际法院在 1962 年“隆端寺案”中就以作为条约附件的地图所标明的边界线为准，而没有以边界条约规定的分水岭线为准。法院指出：泰国已经接受附件Ⅰ的地图，这使它订立了条约解决办法。各当事国当时对该解决办法采取了一种解释，而这种解释又使该地图线优先于该条约的条款。而且，由于没有理由认为，与他们自己边界的最终调整的压倒一切的重要性相比，各当事国对分水岭线本身曾赋予任何特别重要意义。因此，法院感到有义务宣布赞同附件Ⅰ地图在该有争议地区所标明的边界。

三、边界争端

边界直接涉及国家的领土和主权范围，因此，它是国家关系中最敏感的问题之一。鉴于边界的重要性和其他原因，国家之间常常不可避免地发生边界争端。边界争端如果解决不好，就可能引起国家间的武装冲突，甚至战争。例如，秘鲁和厄瓜多尔在 1995 年爆发了大规模边境武装冲突。在国际法上，边界争端的解决和解决其他国际争端一样，也应采用和平方法，而不能使用武力或武力威胁。和平的方法包括谈判、订立边界条约，仲裁或司法解决，或国际委员会等。和平解决边界争端的实例如 1998 年 10 月，秘鲁和厄瓜多尔签署《全面、持久和平协定》，结束了两国间百余年的边界争端。

在拉美一些国家，为解决或避免边界争端，曾采用占有原则，即国家边界必须保持宣布独立时法律上原来的状态。这一原则的重要意义在于：第一，有助于

对后来边界条约的适当解释；第二，有助于有关国家边界的稳定。因此，这一原则也被非洲统一组织（现为非洲联盟）1964年《开罗决议》采纳，而适用于非洲大陆，其中规定，“所有成员国都承诺尊重其在获得民族独立时的现行边界”。国际法院在解决有关边界争端的案例中也承认和适用该原则。在“布基纳法索——马里边界争端案”中，国际法院分庭适用这一原则以“重现”国家独立时的领土状况，并因此冻结了领土所有权。在1992年萨尔瓦多和洪都拉斯关于“陆地、岛屿和海上边界争端案”及2007年“关于尼加拉瓜和洪都拉斯在加勒比海的领土与海洋争端案”中，国际法院重申占有原则是适用于该争端当事国之间的边界或领土争端的法律原则。这样，占有原则还被认为是一项与非殖民化运动相联系的一般原则。①

我国陆地边界有两万多公里，分别与15个国家相邻。由于历史的原因，我国与周围邻国存在一系列的边界问题。中华人民共和国成立以后，我国本着平等协商、互谅互让的精神，通过谈判，先后与除印度以外的其他陆地邻国签订了边界条约，解决了边界问题。特别是与俄罗斯的漫长边界在2004年完全确定，具有非同寻常的意义。目前，我国与印度之间存在的边界问题正在积极谈判之中。

四、边境制度

边境与边界是两个不同的概念。边界是分隔两国领土的界线，边境是国家边界线两侧一定的区域。为了边境的安全秩序、边界线的维护和当地居民生活的便利等，相邻国家通常在边界两侧建立边境制度。边境制度的来源主要有两个方面：一是国内法的规定，如海关条例、出入境管理条例、国境条例等；二是双边条约，如关于边境制度的条约或涉及边境制度事项的边界条约。一般地说，边境制度主要涉及下列一些事项：

（一）边界标志的维护

一般边境制度条约和有些边界条约都规定双方国家有责任保护边界标志，防止边界标志受损失或位置移动，以及各自负责修理或恢复本国一方境内的界标。例如，我国与缅甸、巴基斯坦、阿富汗等国分别签订的边界议定书中都有这样的规定：如果一方发现界桩已被移动、损坏或毁灭，应尽速通知另一方，负责维护

---

① 参见［英］詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，第1卷第2分册，65页，北京，中国大百科全书出版社，1998。

该界桩的一方这时应采取必要的措施，在另一方在场的情况下，在原址按原定的规格予以恢复、修理或重建。沿界两国平时应对界标予以必要的检查，或单独进行，或联合进行。双方应教育各自边民注意保护界桩。对于任意移动、损坏或毁灭界桩的人应视情节轻重予以追究。

（二）界河的利用和管理

一般来说，界河是为两沿岸国共用的。因此，在河水的使用上，沿岸国不得有损害邻国利益的行为，如污染、毒化河水、使邻国一方遭受河水枯涸或泛滥的危害等。例如，中国和尼泊尔1963年《关于两国边界的议定书》规定，两国的边界河流由双方共同使用。任何一方在界河上兴建水利或灌溉工程时，如需越出河道中间线，应事先取得另一方的同意。双方尽可能防止界河改道，任何一方不得故意使界河改道。阿根廷和乌拉圭1975年《乌拉圭河条约》规定，双方应采取适当的措施，以防止生态平衡的改变，并控制该河及其汇水区域的杂质和其他有害元素。

在河流的航行上，双方都有平等的自由航行权，而且船舶航行不受主航道边界线路线的限制。例如，苏联与波兰1948年《关于边境制度的协定》规定："在边界线循其主航道（水流最深处）通过的边界河流上，缔约双方的船舶有权在主航道自由航行，不受边界线路线的约束。"

在捕鱼方面，双方各自在其边界线一侧的水域内捕鱼。但双方可就鱼类的养护和繁殖规定共同遵守的规则。例如，中苏1951年《关于黑龙江、乌苏里江、额尔古纳河、松阿察河及兴凯湖之国境河流航行及建设协定》规定，禁止使用大批杀伤和残害鱼类的炸药、毒药或麻醉品，禁止夜间在边界水上捕鱼等。

如果在界河中出现岛屿，该岛屿归边界线一侧的国家所有。如果岛屿出现在边界线上，则依双方的协议决定岛屿的归属。

（三）方便边境居民来往

由于边境居民长期形成起来的一些共同特性以及交往的需要，国家之间通常给予边境居民在航运、小额贸易、探亲访友、治病朝圣等方面以特殊的便利，而不适用一般关于外国人出入国境的正规手续的限制。例如，1954年中印《关于中国西藏地方和印度之间的通商和交通协定》规定："两国边境地区的居民，凡因进行小额贸易或探望亲友而互相过境往来，仍按以往习惯前往对方地区，而不限于经过前述第四条所指定的山口和道路，并无须护照、签证或



许可证。”

(四) 边境争端的处理

为处理边境方面发生的事端，相邻国家可以依条约设立边界委员会或其他负责的边界当局和处理争端的程序。除特别严重的事件须通过外交途径解决外，通常边境上发生的事件，如偷越国境、毁损界标等，则可由双方指定的边界委员会或其他主管当局共同处理。例如，苏、波间 1948 年《关于边境争端和事件处理办法专约》规定，双方互设边界委员会。边界委员会负责调查并处理一切边界争端和事件。

第六节 两极地区

两极地区是指南极地区和北极地区。尽管两极地区有许多相似之处，如它们都是地球上最寒冷的地区，绝大部分终年为冰雪所覆盖，蕴藏有丰富的自然资源，但也有许多不同之处：北极地区主要是海洋（即北冰洋），除少数岛屿外并无陆地；而南极地区主要由大陆构成（即南极洲）。北极地区有大量土著居民居住；而南极地区除科研人员外，迄今尚无固定居民。尤为重要的是，有关南极的国际法律制度，已经建立起来；而有关北极的法律制度正在形成之中。

一、南极

(一) 南极领土主权要求

随着 18、19 世纪英、法等国对南极的探险和考察，从 20 世纪初起，它们相继对南极提出主权要求。1908 年，英国首次对南极提出主权要求。随后，新西兰、澳大利亚（这两个国家的南极领土要求最初是由英国提出的）、法国、挪威、巴西、智利和阿根廷等也对南极主张主权。这些领土主权要求大都是扇形的，即以南极的某一区域到南极点的扇形地区，被宣布为国家的领地，如英国将福克兰群岛属地的一部分确定为英属南极领地，其范围为南纬 60 度以南西经 20 度至西经 80 度之间；法国将阿德利地（东经 136 度至 142 度）宣布为其南极领地，其范围至南极点。而美国和苏联不承认任何南极领土要求，也不提出自己的要求，

但却保留提出领土要求的权利。因此，南极成为世界上唯一的一块有着领土争议的大陆。

上述正式对南极提出主权要求的国家所依据的法律根据不尽相同，主要有发现、先占、继承权利、毗连性和扇形原则等。这些根据的有效性是有疑问的。[①]而且，有些国家之间的要求相互重叠。由于它们在主张的区域内竞相采取行动，以致敌对情绪加剧，有的甚至爆发冲突。例如，20世纪50年代初，在南极曾发生过小规模武装冲突和武力行为。英国曾于1955年将它与阿根廷和智利在南极的争端提交国际法院。

(二) 南极条约体系

为妥善解决各国的权利要求和促进南极科学考察的国际合作，1959年12月1日，英、美、苏、法等12国在华盛顿签署了《南极条约》，建立了适用于南纬60度以南的南极地区的国际法律制度。[②] 为保护南极环境和资源，南极条约国还签署或制定了与《南极条约》有关的条约或文件。这些包括：1964年《南极动植物保护议定措施》、1972年《南极海豹保护公约》、1980年《南极海洋生物资源保护公约》、1988年《南极矿物资源活动管理公约》，以及1991年《关于环境保护的南极条约议定书》及其2005年"关于环境突发事件的责任"附件。这样，以《南极条约》为核心的"南极条约体系"形成发展起来。2003年，南极条约秘书处成立。

根据南极条约体系，南极的法律制度主要包括：

1. 南极专用于和平目的。《南极条约》明文规定，"南极应只用于和平目的"，禁止采取一切具有军事性质的措施，如建立军事基地、建筑要塞、进行军事演习以及任何类型的武器试验等；禁止在南极进行任何核爆炸。

2. 科研自由和国际合作。《南极条约》规定，在南极实行科学考察的自由并促进为此而进行的国际合作。在一切实际可行的范围内，缔约各国应交换南极科学规划的情报；交换科学人员；交换南极的科学考察报告和成果并公开这些报告和成果；鼓励与国际组织的合作。

3. 冻结领土主权要求。《南极条约》第4条规定，该条约的任何规定不得解释为缔约任何一方放弃在南极原来所主张的领土主权权利或领土要求，或放弃由于它或其国民的活动或其他原因而构成的对南极领土主权要求的任何根据，或损

---

① 参见任梦华、郭琨：《南极政治与法律》，18～51页，北京，法律出版社，1989。

② 该条约于1961年6月23日生效。

害缔约任何一方关于它承认或否认任何其他国家在南极的领土主权的要求或要求的根据的立场。但在该条约有效期内所发生的一切行为或活动，不得构成主张、支持或否定对南极的领土主权的要求的基础，也不得创立在南极的任何主权权利。在该条约有效期内，不得对南极提出新的领土主权要求或扩大现有的要求。

4. 环境与资源的保护。根据有关保护南极环境和资源的文件，南极被指定为自然保护区，仅用于和平与科学活动。在南极的任何活动不得对南极的环境和生态系统造成破坏。在南极地区进行任何活动之前，都必须进行环境影响评价。保护南极动植物，维护南极生态系统。在 50 年内，除科学研究外，禁止任何与矿物资源有关的活动。

5.《南极条约》协商国会议。根据《南极条约》第 9 条的规定，《南极条约》协商国应于合适的时间和地点召开协商会议，以便交换情报、共同协商有关南极的共同利益问题，以及向本国政府提出旨在促进该条约的原则和宗旨的措施的建议。这种会议每两年举行一次。自 1993 年起，改为每年举行一次。

中国于 1983 年 6 月 8 日加入《南极条约》。从 1984 年起即派科学考察队前往南极考察，先后建立了“长城”、“中山”两个常年科学考察站。“十一五”期间计划在南极内陆建造第三个科学考察站。1985 年，我国成为《南极条约》的协商国，对南极事务拥有决策权。

二、北极

北极地区是指地球北极圈（即北纬 66.5°）以北的区域，其中绝大部分是冰封的海洋。当 1909 年美国海军上将皮尔里在北极升起美国国旗时，北极地区是否可能成为占领的客体曾引起讨论。由于北极不是陆地，而是冰洋，而且冰块随洋流飘移，所以占领的规则是不宜适用的。但事实上，北极地区周围的陆地已被美国、加拿大、挪威、丹麦和俄罗斯这几个相邻的国家所划分。它们中的一些国家把“扇形原则”作为在北极地区的权利主张的根据，从而据称，以陆地领土的东西两端的经度子午线为界，向北一直延伸到北极点的扇形区域内的陆地为国家领土。1907 年，加拿大最先提出扇形原则。这一原则得到苏联在 1926 年的支持，但却为其他北极国家如美国、挪威所反对。一般认为，扇形原则并不构成领土主权的有效依据。布朗利指出：“（扇形原则）不过是一种简单的划界方法，而没有成为独立的法律规则。”①

---

① Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., Clarendon Press, 1990, p. 151.

北极地区迄今尚无国际公约确定其法律地位和制度。但有关北极的法律制度正在形成之中。1973年，加拿大、丹麦、挪威、美国和苏联签署了《保护北极熊协定》。1990年，北极地区的国家成立了国际北极科学委员会。1991年，北极国家首脑会议发表了《保护北极环境宣言》并制定了《北极环境保护战略》。1996年，北极国家建立了北极理事会。2007年8月，俄罗斯在北极点下的北冰洋洋底插上一面国旗，引起新一轮北极"圈地运动"。因此，在北极建立一项新的国际法律制度显得极为必要。

我国重视对北极地区的科学考察和研究。1991年加入国际北极科学委员会，1999年和2003年对北极进行了两次科学考察。2004年7月，我国在北极建立了第一个科学考察站——黄河站。

【课堂讨论案例】

塔顿岛是一个不适宜人类居住的岩石岛，盛产鸟粪，距离A国147海里、D国365海里。该岛最早为B国一航海家在16世纪初发现，其后C国一航海家也发现此岛，并称之为"鸟岛"。19世纪中叶，D国一名军官乘一艘商船经过此岛时，登上岛屿，宣示D国主权，并作了详细的地理记录，但没有在岛上留下主权标志。D国驻B国领事馆听取军官的报告后，通知了B国政府，并将地图和文字说明公布在B国一份全国性报纸上，没有任何国家表示异议。后来，C国在与A国的战后和平条约中将塔顿岛割让给A国。这遭到D国强烈抗议。在此后的时间里，D国一直反对A国强化控制该岛的活动。特别是第50年当A国宣布将塔顿岛出租给B国一家公司开发旅游时，D国声称将采取一切手段恢复对岛屿的主权。

请结合本章内容，思考下列问题：

(1) 发现与先占的关系是什么？

(2) A国是否取得对塔顿岛的主权？





第七章 海洋法



	三、毗连区
第五节 用于国际航行的海峡与群岛水域	一、用于国际航行海峡的概念 二、用于国际航行海峡的法律地位和通过制度 三、群岛水域
第六节 大陆架	一、大陆架的概念 二、大陆架的法律地位 三、海岸相邻或相向国家间大陆架的划界
第七节 专属经济区	一、专属经济区的概念 二、专属经济区的法律地位 三、专属经济区与大陆架的关系 四、海岸相向或相邻国家间专属经济区的划界 五、我国专属经济区与大陆架
第八节 公海	一、公海的概念 二、公海自由 三、公海上的管辖权
第九节 国际海底区域	一、国际海底区域的法律地位 二、国际海底区域的开发制度和管理制度 三、《联合国海洋法公约》第十一部分存在的主要问题及其解决

本章概要

海洋法规范各种海域的法律地位以及各国从事海洋活动所应遵循的原则、规则和制度，是建立新海洋秩序的制度框架，其主要渊源是1958年日内瓦海洋法公约和1982年《联合国海洋法公约》。各国在海洋的权利从海岸向海延伸大致呈现两种趋势：沿海国的权利渐次减弱，其他国家的权利逐渐增大。内水、领海和群岛水域是主权区域，毗连区是功能管辖区，大陆架和专属经济区是资源管辖区，公海是所有国家享有公海自由的区域，国际海底区域属于人类的共同继承财产。

关键术语

直线基线　领海　毗连区　专属经济区　大陆架　过境通行权　公海　国际海底区域　紧追权　登临权

第一节　概　述

一、海洋法的概念

海洋是指地球表面被海水覆盖的部分，其面积约占地球总面积的71%。海洋对人类具有重要的价值。首先，海洋是重要的交通要道。在科学技术尚不发达的时代，人类交往很多是通过海洋进行的。现代科学技术的进步虽然使航空运输在各国交往中日益占重要地位，但国际海运，尤其是货物运输，仍占全球货物运输总量的相当大部分。其次，海洋是巨大的资源宝库，蕴藏有丰富的生物资源和矿物资源以及海洋能，对人类的生存和生活具有重大的意义。再次，海洋是国家军事战略的重要场所。目前世界上拥有核武器的国家，都将其战略突击力量的重点转移到核潜艇上去。最后，海洋还是人们娱乐的场所和巨大的倾废场。由此可见，海洋与人类社会的发展有密切的关系。

随着人类利用海洋的发展，有关这方面的国际法规也日益增多。这些法规现已发展成为国际法上相当完整和独立的新部门——海洋法或国际海洋法。海洋法就是关于各种海域的法律地位以及各国在各种海域从事各种活动的原则、规则和制度的总称。

海洋法的内容包括：(1) 各种海域的法律地位和制度。(2) 各国在各种海域中的权利和义务。(3) 各国在利用海洋方面具有共同利益的规则以及争端解决的原则和方法。

二、海洋法的历史发展

海洋法的发展有久远的历史。远在古罗马时期，海洋就被认为是和空气一样的“共有之物”。随着罗马帝国势力的扩展，开始出现罗马统治者对海域拥有控制权的主张。到中世纪，欧洲君主开始宣布对其控制下的海域拥有“领有权”。尤其是15、16世纪的地理大发现，加剧了各国对海洋的争夺。1493年，罗马教皇发布两道谕旨，指定大西洋上的一条子午线作为葡萄牙和西班牙两国在海洋行使控制权的分界线，它们各自在界线两侧的特别区内享有商业垄断权。这表明，海洋为“共有物”的时代已为海洋分割所取代。

海洋被分割不利于资本主义的发展，由此引起了控制海洋与反控制的斗争。这场斗争在理论上表现为海洋自由论与闭海论的对立。1609年，荷兰国际法学家格老秀斯发表了著名的《海洋自由论》，明确提出海洋自由的观点。他指出：海洋既不能被占领，也不能因使用而罄竭，因此，海洋应为各国自由利用。格老秀斯的主张在当时遭到一些国家和学者的反对。英国学者塞尔登在1618年写成的《闭海论》一书中反对格老秀斯的观点，认为英国君主有权占有英国周围的海洋。18世纪，随着资本主义生产关系的日益发展和海上贸易的日益扩大，任何国家完全控制海洋的企图实际上已经不可能。于是，公海自由原则得到越来越多的国际法学者的承认。到19世纪，这项原则无论在理论上还是在实践中都被确立了下来。与此同时，领海制度也被肯定下来。

20世纪，特别是第二次世界大战以后，科学技术的迅猛发展将海洋法推到一个新的发展高度。除传统的领海制度和公海制度外，还出现了大陆架制度、专属经济区制度、群岛水域制度、国际海底制度、国际海洋防污制度和海洋科学研究制度等，海洋法从而成为第二次世界大战后国际法的新的发展领域之一。



三、海洋法的编纂

对海洋法进行编纂的最初尝试是1930年在国际联盟主持下在海牙召开的国际法编纂会议。这次会议对领水问题进行了讨论。由于与会国家在领海宽度问题上达不成一致意见，这次会议的成效不大，只通过了一项关于《领海法律地位》的草案。

第二次世界大战以后，联合国国际法委员会于1949年把海洋法列为优先考虑的编纂项目之一。1950年，国际法委员会开始草拟海洋法公约草案，并于1956年完成。1958年2月24日至4月27日，联合国第一次海洋法会议在日内瓦召开，通过了日内瓦海洋法公约，即《领海与毗连区公约》、《公海公约》、《公海捕鱼与养护生物资源公约》和《大陆架公约》。

由于第一次联合国海洋法会议未能解决领海宽度和渔区问题，1960年3月17日至4月27日在日内瓦举行了第二次联合国海洋法会议。由于意见的重大分歧，这次会议无任何结果。

20世纪60年代以后，海洋法所面临的亟待解决的问题与日俱增。1969年2月，联合国成立“和平利用国家管辖范围以外海床洋底委员会”，简称“海底委员会”，筹备召开第三次联合国海洋法会议。1970年12月17日，第二十五届联合国大会通过《关于各国管辖范围以外海床洋底及其底土的原则宣言》，郑重宣布该区域及其资源“为人类的共同继承财产”，并通过决议，决定召开一次海洋法会议，以制定一项新的全面性的海洋法公约。

第三次联合国海洋法会议于1973年12月3日在纽约开幕。1982年12月6日到10日，在牙买加蒙特哥湾举行的最后一次会议上，通过了《联合国海洋法公约》。该公约于1994年11月16日生效。[①]

《联合国海洋法公约》共1个序言，17个部分，计320条，另有9个附件，其内容包括：领海和毗连区，用于国际航行的海峡，群岛国，专属经济区，大陆架，公海，岛屿制度，闭海或半闭海，内陆国出入海洋的权利和过境自由，国际海底区域，海洋环境保护和保全，海洋科学研究，海洋技术的发展和转让以及争端的解决。该公约是一个名副其实的综合性海洋法公约，被称为“海洋宪章”。

1958年日内瓦海洋法公约和1982《联合国海洋法公约》都是现行有效的

---

① 截至2007年10月，公约缔约国达155个（包括欧洲共同体）。

国际条约。前者基本上是当时海洋法的编纂，代表着海洋法中的传统的法，是“旧法”，被视为传统海洋法的“高潮”或“顶点”。因为它们仍然是以传统的海洋自由和领海主权的相互关系为基点的，主要维护的是传统海洋法。后者是“新法”。“新法”不仅采纳、修改了前者的规定，而且更多的是新的原则和制度。这些新的原则和制度完全摆脱了传统的海洋自由原则的范围，使新海洋法建立在新的基础上。对于“新法”与“旧法”之间的效力关系，1982年《联合国海洋法公约》第311条规定，在各缔约国间，该公约优于1958年日内瓦海洋法公约。

我国1996年5月15日批准《联合国海洋法公约》，迄今建立了较为完备的海洋法律体系。有关海洋的基本法包括1992年《中华人民共和国领海及毗连区法》（以下简称《领海及毗连区法》）和1998年《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》。其他涉及船舶管理、航行、资源利用与开发、科学研究和环境保护，如：1979年《对外国籍船舶管理规则》，2003年《港口法》；1983年《海上交通安全法》，2001年《船舶引航管理规定》；2001年《海域使用管理法》，《对外合作开采海洋石油资源条例》（2001年修订），《渔业法》（2000年修订）；1996年《涉外海洋科学研究管理规定》；以及《海洋环境保护法》（1999年修订）。

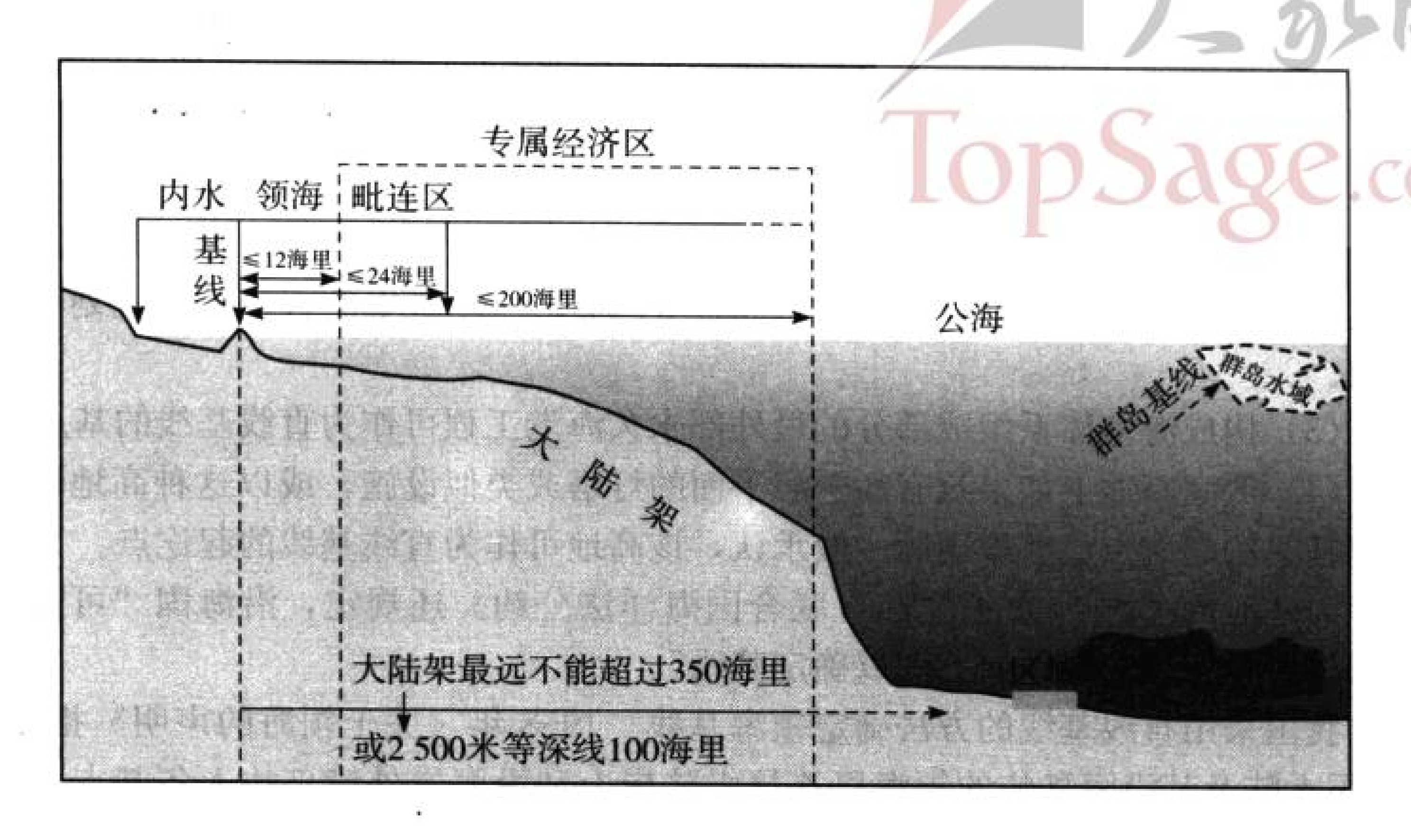
第二节 基 线

基线即测算领海、毗连区、专属经济区和大陆架宽度的起算线。以基线为起点，海洋可划分为法律地位不同的八大区域，即内水、领海、毗连区、群岛水域、专属经济区、大陆架、公海和国际海底区域（见下图）。在岛屿[①]情形下，其领海、毗连区、专属经济区和大陆架，应按照《联合国海洋法公约》适用于其他陆地领土的规定加以确定，但不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁不应有专属经济区或大陆架。

根据《联合国海洋法公约》的规定，基线有正常基线和直线基线两种。在群岛国家，还有群岛基线。

---

① 《联合国海洋法公约》第121条规定，岛屿是四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域。



一、正常基线和直线基线

正常基线就是海岸的低潮线，也即海水退潮时退到离岸最远的那条线。《联合国海洋法公约》第 5 条规定，测算领海宽度的正常基线是沿海国官方承认的大比例尺海图所标明的沿岸低潮线。正常基线多适用于那些海岸比较平直的情况。

在那些海岸非常曲折或沿岸遍布岛屿的情况下，则一般采用直线基线。直线基线就是连接海岸向外突出的地方和岛屿上适当各点而形成的一条线。直线基线的划法是国际法院在 1951 年关于“英挪渔业案”的判决中承认为合法的。国际法院在该案判决中指出，虽然“领海宽度应从最低落潮线算起”，但鉴于挪威海岸特殊的地理情况，“在划定挪威领海界限时应考虑石垒（包括各岛屿、小岛、岩石和礁石等）的外部界限。这种划定领海界限的办法是由地理条件所决定的”。因此，挪威“关于划定渔区的办法，并不与国际法相抵触”。国际法院的这一认定在第一次海洋法会议上得到编纂，成为《领海与毗连区公约》第 4 条。该条款在《联合国海洋法公约》中继续得到重申。该公约第 7 条规定：“在海岸线极为曲折的地方，或者如果紧接海岸有一系列岛屿，测算领海宽度的基线的划定可采用连接各适当点的直线基线法。”但是，在划定直线基线时，不应在任何明显的程度上偏离海岸的一般方向，而且基线内的海域必须充分接近陆地领土，使其受内水制度的支配；同时，一国不得采用直线基线制度，致使另一国的领海同公海或专属经济区隔断。

沿海岸的河口、海湾、海港和低潮高地[1]在划定直线基线时应遵循下列规则：

（1）河口的基线是河流两岸低潮线上两点之间横越河口的直线，如果该河流是直接流入海洋的。

（2）海湾天然入口两端的低潮标之间的距离不超过24海里，其基线则是连接这两个低潮标之间的封口线；如果超过24海里，24海里的直线基线应划在海湾内。

（3）构成海港体系组成部分的最外部永久海港工程可作为直线基线的基点。

（4）低潮高地上如果筑有高于海平面的灯塔或类似设施，或以这种高地作为划定基线的起讫点已获得国际一般承认，该高地可作为直线基线的起讫点。

为适应沿海国不同的情况，《联合国海洋法公约》还规定，沿海国"可交替使用以上各条规定的任何方法以确定基线"。

我国采用直线基线的方法确定领海基线。1958年《关于领海的声明》指出，"中国大陆及其沿海岛屿的领海以连接大陆岸上和沿海岸外缘岛屿上各基点之间的各直线为基线"。1992年《领海及毗连区法》在法律上予以确认。1996年5月15日，我国公布了大陆领海的部分基线和西沙群岛的领海基线。

二、群岛基线

群岛基线与群岛国制度有关。群岛国制度是在第三次联合国海洋法会议上形成的，被规定在《联合国海洋法公约》第四部分之中。根据该公约第46、47条的规定，群岛国是指全部由一个或多个群岛构成的国家。群岛国可以划定连接群岛最外缘各岛和各干礁最外缘各点的直线群岛基线。群岛国的领海、毗连区、专属经济区和大陆架的宽度从群岛基线量起。但群岛基线的划定受下列条件的限制：（1）这种基线应包括主要的岛屿和一个区域，在该区域内，水域面积和陆地面积的比例应在1∶1到9∶1之间；（2）这种基线的长度不应超过100海里。但围绕任何群岛的基线总数中至多3%可超过该长度，最长以125海里为限；（3）这种基线的划定不应在任何明显的程度上偏离群岛的一般轮廓。（4）群岛国不应采用一种基线制度，致使另一国的领海同公海或专属经济区隔断。

群岛基线与直线基线不同，主要在于水陆面积比例和基线的长度方面。

---

[1] 低潮高地是低潮时四面环水并高于水面但在高潮时没入水中的自然形成的陆地。

第三节 内 水

一、内水的概念和法律地位

内水是领海基线向陆地一面的水域。在群岛国情形，群岛基线所包围的水域不为内水，而是群岛水域。群岛国的内水是群岛国按照《联合国海洋法公约》中有关河口、海湾和海港的规定在其群岛水域内用封闭线划定的水域。

内水是国家领土的一部分，其法律地位与陆地领土相同，沿海国对其享有完全的和排他性的主权。外国船舶非经沿海国允许，不得在其内水中航行，除非船舶遇难或承担了条约义务。对于驶入或停泊在内水中的外国船舶，沿海国有刑事管辖权和民事管辖权。但在实践中，如果在船舶上所发生的事件不牵涉到沿海国的利益或纯属船舶内部的事项，沿海国通常不行使管辖权，而由船旗国负责。

内水与领海都是沿海国领土的组成部分，但二者是有区别的，主要在于外国船舶在内水中不享有无害通过权。但是，如果采用直线基线的效果使原来并未认为是内水的区域被包围在内成为内水，外国船舶则在此种水域内享有无害通过权。

二、港口

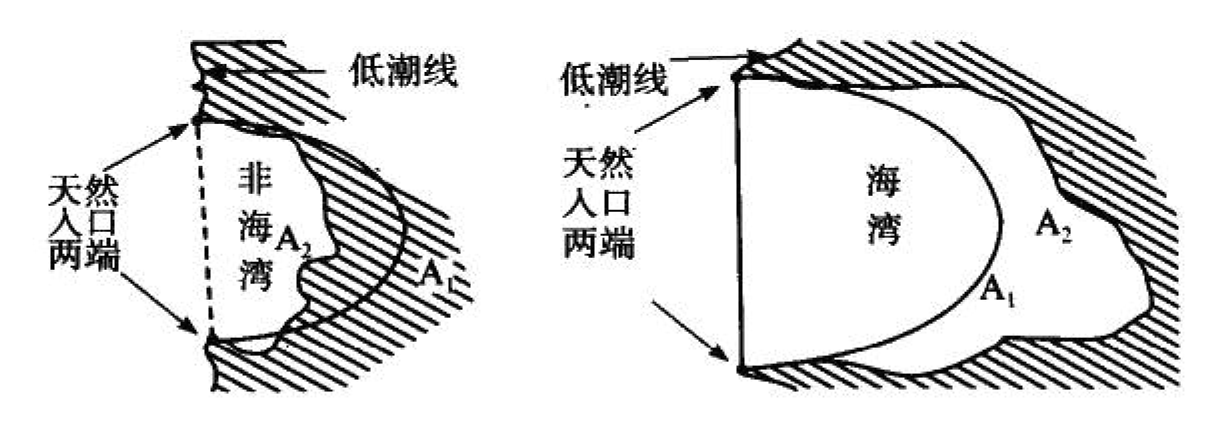
海洋法上的港口是指在海岸线上具有天然条件和人工设备而便于船舶停泊和上下客货的海域。港口的范围通常从港口伸入大海最深处的永久性建筑算起，包括陆域（如码头、仓库、船坞）和水域（如航道）两部分。

港口对外国船舶是否开放，由沿海国自由决定。出于国际交往的需要，国家通常指定某些港口向外国船舶开放。只要满足港口国规定的入港条件，外国船舶即可入港。入港的外国船舶需遵守港口国关于港口秩序的法律规章。如我国1979年《对外国籍船舶管理规则》规定，外国籍非军用船舶未经我国主管机关批准，不得进入我国的港口；外国船舶在预定到达港口一星期前，必须办理进港申请批准手续；外国船舶进出港口或在港内航行、移泊，必须由港务监督指派引航员引航；船舶上的武器、弹药应在船舶抵港后由港务监督予以封存；无线电发

射机、火箭信号只有在危急情况下才可以使用等。

三、海湾

海湾是其沿岸属于一国的明显的水曲，其凹入程度和曲口宽度的比例，使其有被陆地环抱的水域，而不仅仅为海岸的弯曲。为此，《联合国海洋法公约》规定了一个标准：以横越水曲曲口所划的直线为直径，向海岸划一半圆，如果这个半圆的面积等于或小于水曲的面积，该水曲即为海湾；反之，则不能视为海湾(见下图)。为测算的目的，水曲的面积是位于水曲陆岸周围的低潮标和一条连接水曲天然入口两端低潮标的线之间的面积。如果因有岛屿而水曲有一个以上的曲口，该半圆应划在与横越各曲口的各线总长度相等的一条线上。



注：图中 A_1 标示半圆面积，A_2 标示水域面积。

水域的法律地位与其湾口宽度相关。《领海与毗连区公约》和《联合国海洋法公约》都规定，如果海湾的湾口宽度不超过 24 海里，则湾口封闭线所包围的水域为内水；如果湾口宽度超过 24 海里，则海湾内 24 海里的直线基线所包围的水域才是内水。但这些规定不适用于“历史性海湾”。历史性海湾是历史性水域的一种，它是指那些沿岸属于一国，湾口宽度超过 24 海里，但依据历史性权利被确立为沿岸国内水的海湾。如加拿大宣布哈德逊湾（入口宽度为 50 海里）、俄罗斯宣布大彼得湾（入口宽度为 110 海里）为历史性海湾。对于历史性海湾的标准，《联合国海洋法公约》没有具体规定，理论与实践也不统一。有些国家宣布的历史性海湾并没有得到其他国家承认。一般认为，历史性海湾的标准是：有关国家对该水域在相当长时期内有效地行使排他性主权，并且得到其他国家默认。[1]

---

① See *Yearbook of the International Law Commission*, vol. 2, 1～26, 1962.

我国渤海湾的湾口宽度超过 24 海里，但在历史上一向被承认为我国的内水。而且，横越湾口有一系列的岛屿，将湾口分为大小不等的 8 段，最宽的一段不足 24 海里。以这些岛屿为基点划直线基线，渤海湾仍是我国的内水。我国 1958 年《关于领海的声明》明确宣布，渤海湾是我国领海直线基线以内的内海。

至于那些海岸属于两个或两个以上国家的海湾，《领海与毗连区公约》和《联合国海洋法公约》都未予以规定。通常，这类海湾的法律地位由有关沿岸国协议解决。

第四节 领海与毗连区

一、领海的概念与宽度

领海是沿海国的主权及于其陆地领土及其内水以外邻接的一带海域，在群岛国的情形下则及于群岛水域以外邻接的一带海域。领海的宽度曾经是长期争论不休的问题。历史上，曾经出现过许多关于确定领海宽度的主张和方法，主要有航程说、视力说和大炮射程说。其中大炮射程说对国家的影响较大。大炮射程说是 18 世纪初荷兰法学家宾刻舒克提出来的，其理论基础是陆上国家的权力及于其炮火射程所及的范围。在当时，大炮的射程平均不超过 3 海里，因此，英美等国家接受并坚持 3 海里作为领海的宽度。但 3 海里的领海宽度没有被普遍接受，各国在实践中采用不同的领海宽度。1930 年海牙国际法编纂会议、1958 年和 1960 年两次联合国海洋法会议都试图解决这一问题，但均未成功。直到第三次联合国海洋法会议，这个问题才得以解决。《联合国海洋法公约》规定，每一国家有权确定其领海宽度，直至从按照本公约确定的基线量起不超过 12 海里的界限为止。这条规定说明：(1) 各国有自行确定其领海宽度的权利；(2) 所确定的领海宽度最大以 12 海里为限。

《联合国海洋法公约》并没有将 12 海里规定为各国统一的领海宽度，但是，12 海里却是绝大多数国家采用的领海宽度。我国 1958 年《关于领海的声明》和 1992 年《领海及毗连区法》都规定，我国的领海宽度为 12 海里。

领海的外部界限是一条其每一点同基线最近点的距离等于领海宽度的线。领海的外部界限如何划定，《联合国海洋法公约》未作具体规定。根据各国实践，

通常采用的方法主要有：（1）交圆法。在领海基线是正常基线时，在基线上选某些点为圆心，以领海宽度为半径向外划出一系列相交的半圆，各交点之间相连接的弧线即为领海的外部界限。（2）共同正切线法。在领海基线为直线基线时，以基线上的每一基点为圆心，以领海宽度为半径向外划出一系列相交的半圆，然后划出每两个半圆之间的共同正切线。这些正切线连接在一起即构成领海的外部界限。（3）平行线法。以基线上的某些点，按照领海的宽度向外延伸的一条大致与领海基线相平行的线，即为领海的外部界限。

二、领海的法律制度

（一）沿海国对领海的主权

领海是沿海国领土的组成部分，受沿海国主权的支配和管辖。沿海国的领海主权及于领海的水域、上空、海床及底土。最早确立领海主权的是1919年《关于航空管理的公约》。该公约第1条规定："本约所谓一国的领土，其意义是包括该国本部及殖民地的领土并与该领土连接的领海……对于领海的上空，每一国家具有完全、排他的主权。"1958年《领海与毗连区公约》和1982年《联合国海洋法公约》都明确规定沿海国对领海享有主权。

沿海国的领海主权主要表现在以下方面：（1）沿海国对领海享有属地优越权，因而对领海内的人和事物（除国际条约或国际习惯的限制外）行使排他的管辖权。（2）沿海国对其领海内的一切资源享有专属权利，任何外国或个人非经允许不得进行开发利用。（3）沿海国对其领海上空享有专属权利，外国航空器非经允许不得飞入或飞越该国领海上空。（4）沿海国享有沿海航运的专属权利。（5）沿海国有制定、颁布有关领海内航行、缉私、移民、卫生等方面的法律和规章的权利。

（二）外国船舶的无害通过权

外国船舶享有经由一国领海的无害通过权，是国际法公认的规则。《联合国海洋法公约》规定，所有国家，不论为沿海国或内陆国，其船舶均享有无害通过领海的权利。无害通过是指不损害沿海国的和平、良好秩序或安全的通过。通过是指为了穿过领海但不进入内水，或为了驶入或驶出内水，或停靠内水以外泊船处或港口设施而通过领海的航行。这种航行应继续不停和迅速进行。只有在遇到不可抗力或为救助遇难等情况下才能停船和下锚。潜水艇或其他潜水器通过领海时，须在海面上航行并展示其旗帜。

对于通过为无害的断定，《联合国海洋法公约》作了具体规定。依其第 19 条第 2 款，外国船舶在领海内进行下列任何一种活动，其通过就不是无害通过：

（1）对沿海国的主权、领土完整或政治独立进行任何武力威胁或使用武力，或以任何其他违反《联合国宪章》所体现的国际法原则的方式进行武力威胁或使用武力；

（2）以任何种类的武器进行任何操练或演习；

（3）任何目的在于搜集情报使沿海国的防务或安全受损害的行为；

（4）任何目的在于影响沿海国防务或安全的宣传行为；

（5）在船上起落或接载任何飞机；

（6）在船上发射、降落或接载任何军事装置；

（7）违反沿海国海关、财政、移民或卫生的法律和规章，上下任何商品、货币或人员；

（8）任何故意和严重的污染行为；

（9）任何捕鱼活动；

（10）进行研究或测量活动；

（11）任何目的在于干扰沿海国任何通讯系统或任何其他设施或设备的行为；

（12）与通过没有直接关系的任何其他活动。

沿海国不应妨碍外国船舶无害通过领海，不应对外国船舶强加其实际后果等于否定或损害无害通过的要求，也不应对任何国家的船舶有形式上或事实上的歧视。沿海国还应将其所知的在其领海内对航行有危险的任何情况妥为公布。但为维护领海的良好秩序和安全，沿海国可以制定关于无害通过领海的法律和规章；指定海道和分道通航制；在领海内采取必要的步骤以防止非无害的通过；为保护国家安全之必要，在不歧视的条件下，可以在领海的特定区域内暂停外国船舶的无害通过。

军舰是否享有无害通过权，是个长期争论并没有得到解决的问题。《领海与毗连区公约》和《联合国海洋法公约》在领海的无害通过"适用于所有船舶的规则"下面都没有明确规定"所有船舶"应包括军舰，所以，有关无害通过的条款被给予不同解释，以支持军舰享有或不享有无害通过权。① 在实践中，各国的具体做法也不尽相同。但无论怎样，军舰享有除其船旗国以外的任何管辖的豁免权。任何军舰在通过国家的领海时，无论其通过是否被认为是无害的，它的当地管辖豁免权不受影响，沿海国所能采取的适当补救措施只能是要求该军舰立即离开领海。

① 参见［英］詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，第 1 卷第 2 分册，35 页。

军舰或其他用于非商业目的的政府船舶不遵守沿海国有关通过领海的法律和规章或国际法规则而使沿海国遭受的任何损失或损害，船旗国应负国际责任。

我国《领海及毗连区法》对外国军用船舶通过领海规定了批准制度。其第6条规定："……外国军用船舶进入中华人民共和国领海，须经中华人民共和国政府批准。"这一态度在1996年时有所变化。当年我国在批准《联合国海洋法公约》时作了如下声明：该公约有关领海内无害通过的规定，不妨碍沿海国按其法律规章要求外国军舰通过领海必须事先得到该国许可或通知该国的权利。

（三）领海内的管辖权

沿海国对其领海内的人、物或事件享有管辖权，但管辖权的行使受国际条约或国际习惯的限制。对于享有外交特权与豁免的人以及军舰和其他用于非商业目的的政府船舶就不能行使管辖权。此外，沿海国管辖权的行使还不应妨碍外国船舶的无害通过。

沿海国对通过其领海的外国船舶行使管辖权包括刑事管辖权和民事管辖权两个方面。

关于刑事管辖权，《联合国海洋法公约》规定，沿海国不应在通过领海的外国船舶上行使刑事管辖权，以逮捕与在该船舶通过期间船上所犯任何罪行有关的任何人或进行与该罪行有关的任何调查，除非：（1）罪行的后果及于沿海国；（2）罪行属于扰乱当地安宁或领海的良好秩序的性质；（3）经船长或船旗国外交代表或领事官员请求地方当局予以协助；（4）这些措施是取缔违法贩运麻醉药品或精神调理物质所必要的。此外，对于在驶离内水后通过领海的外国船舶，沿海国有权采取其法律授权的任何步骤以进行逮捕或调查。但在考虑是否逮捕或如何逮捕时，应适当顾及航行的利益。除《联合国海洋法公约》第十二部分关于"海洋环境的保护和保全"另有规定或违反适用于专属经济区的法律规章外，对于来自外国港口仅通过领海而不进入内水的外国船舶，沿海国不得在通过领海的该船舶上采取任何步骤，以逮捕与该船舶驶进领海前所犯任何罪行有关的任何人或进行与该罪行有关的调查。

关于民事管辖权，《联合国海洋法公约》规定，沿海国不应为对通过领海的外国船舶上某人行使民事管辖权的目的而停止其航行或改变其航向。除船舶本身在通过沿海国水域的航行中或为该航行的目的而承担的义务或因而负担的责任外，沿海国不得为任何民事诉讼的目的而对该船舶从事执行或加以逮捕。但这种限制不妨碍沿海国按其法律为任何民事诉讼的目的，对在领海内停泊或驶离内水后通过领海的外国船舶从事执行或加以逮捕的权利。



三、毗连区

(一) 毗连区的概念

毗连区是邻接领海并由沿海国对某些事项行使必要管制的一定宽度的海域。这种制度源于 1736 年英国的《游弋法》。该法规定对于距岸 5 英里的海域内形迹可疑的船只可行使监督检查权。此后，美国也通过一系列法律，规定在距岸的一定范围内执行关税措施或反走私措施。继英、美之后，其他许多国家也制定法律，在领海外设置一定宽度的、行使不同权利的特别区域。1958 年《领海与毗连区公约》和 1982 年《联合国海洋法公约》都对毗连区作了规定。

对于毗连区的宽度，《领海与毗连区公约》规定为从领海基线算起，不得超过 12 海里。《联合国海洋法公约》将毗连区的宽度改为从领海基线量起，不得超过 24 海里。我国《领海及毗连区法》规定，我国毗连区的宽度为 12 海里。

(二) 毗连区的法律地位

毗连区是沿海国在领海以外对某些事项行使必要管制的区域。根据《领海与毗连区公约》和《联合国海洋法公约》的规定，沿海国在毗连区内可对如下事项行使必要的管制：(1) 防止在其领土或领海内违反其海关、财政、移民或卫生的法律和规章；(2) 惩治在其领土或领海内违反上述法律和规章的行为。因此，毗连区不是领海。它也不再是公海的一部分，如果沿海国宣布专属经济区的话。在后者情况下，毗连区是专属经济区的一部分。但毗连区不同于专属经济区。

我国《领海及毗连区法》规定，我国有权在毗连区内，为防止和惩处在其陆地领土、内水或者领海内违反有关安全、海关、财政、卫生或者入境出境管理的法律、法规的行为行使管辖权。

第五节　用于国际航行的海峡与群岛水域

一、用于国际航行海峡的概念

海峡是两块陆地之间、两端连接海洋的天然狭窄水道。世界上这类地理意义

的海峡有数千个，从不同的标准可予以不同的分类。但法律上的海峡是指那些"用于国际航行的海峡"。这种海峡在理论上也被称为国际海峡。

用于国际航行的海峡这个概念最初出现在1949年国际法院关于"科孚海峡案"的判决中。国际法院在该案的判决中指出，外国军舰在用于国际航行的海峡中享有无害通过的权利，沿岸国不得禁止这种通过。这个观点在《领海与毗连区公约》第16条第4款中得到编纂。由于越来越多的国家将其领海宽度扩展至12海里，许多过去曾被认为是世界主要贸易航线一部分的海峡将处于沿岸国的领海范围之内。据统计，世界上这种海峡有116个，其中有三十多个被认为是"用于国际航行的海峡"。在第三次联合国海洋法会议上，经过反复协商，形成了新的海峡制度，即《联合国海洋法公约》第三部分：用于国际航行的海峡。

《联合国海洋法公约》没有对用于国际航行海峡的概念作出定义。按照该公约有关条款，这个概念可以定义为：在公海或专属经济区的一个部分和公海或专属经济区的另一部分或外国领海之间用于国际航行的海峡，或其通过已全部或部分地为长期存在、现行有效的专门国际条约规定的海峡。依其适用的通过制度，用于国际航行的海峡可分为：适用过境通行制度的海峡、适用无害通过制度的海峡、适用自由航行制度的海峡以及适用专门条约制度的海峡。

二、用于国际航行海峡的法律地位和通过制度

（一）用于国际航行海峡的法律地位

用于国际航行的海峡的通过制度，不应在其他方面影响构成这种海峡的水域的法律地位，或影响海峡沿岸国对这种水域及其上空、海床和底土行使主权或管辖权。换言之，用于国际航行的海峡的通过制度不影响海峡内任何内水区域、领海、专属经济区或公海的法律地位。但如果采用直线基线的效果使原来并未认为是内水的区域被包围在内成为内水，则不在此限。

（二）过境通行制度

过境通行制度是《联合国海洋法公约》为用于国际航行的海峡确立的一项新的通行制度，是该公约第三部分规定的重点。过境通行制度适用于在公海或专属经济区的一个部分和公海或专属经济区的另一部分之间用于国际航行的海峡。在这种海峡中，所有船舶和飞机都享有过境通行的权利，过境通行不应受阻碍。过境通行是指专为在公海或专属经济区的一个部分和公海或专属经济区的另一部分之间的海峡继续不停和迅速过境的目的而行使航行和飞越自由。

船舶和飞机在行使过境通行权时应遵守如下义务：（1）毫不迟疑地通过或飞越海峡；（2）不对海峡沿岸国的主权、领土完整或政治独立进行任何武力威胁或使用武力；（3）除因不可抗力或遇难外，不从事其通过所附带发生的活动以外的任何活动；（4）过境通行的船舶应遵守一般接受的关于海上安全的国际规章、程序和惯例，以及一般接受的关于防止、减少和控制来自船舶的污染的国际规章、程序和惯例；（5）过境通行的飞机应遵守国际民用航空组织制定的适用于民用飞机的航空规则，并随时监听国际上指定的空中交通管制主管机构所分配的无线电频率或有关的国际呼救无线电频率。

海峡沿岸国为行使其主权和管辖权，可就航行安全和海上交通管理、防污、渔船、海关、财政、移民、卫生等事项制定关于过境通行的法律和规章。为航行安全之必要，可指定海道或规定分道通航制。但海峡沿岸国不应妨碍过境通行，并应将其所知的对航行或飞越有危险的任何情况妥为公布。过境通行不应予以停止。

由此可见，过境通行不同于无害通过：前者适用于所有船舶和飞机，且不应予以停止；后者只适用于船舶，不适用于飞机，且在某些情形下可以停止。同时，过境通行也不同于公海自由。

（三）过境通行制度的例外

过境通行制度不适用于：（1）在公海或专属经济区的一部分和外国领海之间的用于国际航行的海峡；（2）虽为连接公海或专属经济区的一部分和公海或专属经济区的另一部分之间用于国际航行的海峡，但该海峡是由海峡沿岸国的一个岛屿和该国大陆形成，而且该岛向海一面有在航行和水文特征方面同样方便的一条穿过公海或专属经济区的航道；（3）穿过某一用于国际航行的海峡有在航行和水文特征方面同样方便的一条穿过公海或专属经济区的航道。在前两类用于国际航行的海峡中，适用无害通过制度，且不应予以停止。在后一类穿过用于国际航行的海峡的公海航道或专属经济区航道中，适用自由航行制度。此外，如果某些海峡的通过已全部或部分地规定在长期存在、现行有效的专门关于这种海峡的国际公约中，则这种海峡的法律制度不受过境通行制度的影响。

三、群岛水域

群岛水域是群岛基线所包围的水域。它是《联合国海洋法公约》新设立的一个海洋区域。根据该公约的规定，群岛水域的法律地位主要是：群岛国的主权及

于群岛水域的上空、海床和底土，以及其中的资源。群岛国应尊重与其他国家间的现有协定，并应承认直接相邻国家在群岛水域的某些区域内的传统捕鱼权利和其他合法活动，以及尊重其他国家所铺设的通过其水域而不靠岸的现有海底电缆。

群岛水域的通过，有无害通过权和群岛海道通过权两种。所有国家的船舶均享有通过除群岛国内水界限以外的群岛水域的无害通过权。群岛国可在群岛水域内指定适当的穿过群岛水域和邻接的领海的海道和其上空的空中航道，即“群岛海道”。所有船舶和飞机均享有在这种海道和空中航道内的群岛海道通过权。群岛海道通过是指专为在公海或专属经济区的一部分和公海或专属经济区的另一部分之间继续不停、迅速和无障碍地过境的目的，行使正常方式的航行和飞越的权利。但是，群岛海道通过制度不影响包括海道在内的群岛水域的地位，不影响群岛国对这种水域及其上空、海床和底土以及其中所含资源行使其主权。而且，船舶和飞机在通过时应遵守适用于“用于国际航行的海峡”在过境通行时的所有义务。

由此可见，群岛水域既不同于内水，也不同于领海，是自成一类的海洋区域。

第六节　大陆架

一、大陆架的概念

大陆架原是地理地质学上的概念，通常指从海岸向海自然延伸到大陆坡为止的一段坡度比较平坦的海底区域。从这里再向外倾斜，坡度急转直下，水深可达3 000米左右的区域称为大陆坡。在大陆坡脚覆盖着沉积物的地方，称为大陆基。大陆架、大陆坡和大陆基构成地质学上的大陆边。

大陆架蕴藏着丰富的自然资源，尤其是油气资源，早就引起了世界各国的重视。1945年9月28日，美国总统杜鲁门发表了《大陆架公告》，宣布“处于公海下但毗连美国海岸的大陆架的底土和海床的自然资源属于美国，受美国的管辖和控制”。在美国的影响下，一些国家相继发表类似的声明，提出对邻接其海岸线的大陆架及其自然资源的权利主张。

1958年《大陆架公约》定义了法律上的大陆架概念。该公约第1条规定：大陆架一词是指：（1）邻接海岸但在领海范围以外，深度达200米或超过此限度而上覆水域的深度容许开采其自然资源的海底区域的海床和底土；（2）邻近岛屿海岸的类似的海底区域的海床和底土。根据这条规定，大陆架是领海之外一定范围的海底区域，其外部界限有两个标准：一是200米等深线；另一个是技术上可开发的深度。

随着海底开采技术的迅速发展，可开发标准受到广泛批评。《联合国海洋法公约》重新确定了大陆架概念，其第76条规定："沿海国的大陆架包括其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土，如果从测算领海宽度的基线量起到大陆边的外缘的距离不到二百海里，则扩展到二百海里的距离。"这个概念表明，法律上的大陆架与地理上的大陆架有联系又有区别。地理上的大陆架终止于大陆坡，而法律上的大陆架终止于大陆边外缘。按照第76条第3款的规定，"大陆边包括沿海国陆块没入水中的延伸部分，由陆架、陆坡和陆基的海床和底土构成"。

《联合国海洋法公约》给大陆架的外部界限确定了两个新标准，即200海里距离和自然延伸。在从基线起到大陆边外缘的距离不足200海里时，则扩展到200海里。在陆地领土自然延伸到大陆边外缘的距离超过200海里时，则不应超过从基线量起350海里，或不应超过连接2 500米等深线100海里（见下图）。后一种情况是为了适当照顾宽大陆架国家的利益。但顾及其他国家的利益和需要，该公约第82条规定，沿海国开发200海里以外的大陆架上的非生物资源，应向国际海底管理局缴付实物或费用，由各缔约国公平分享。

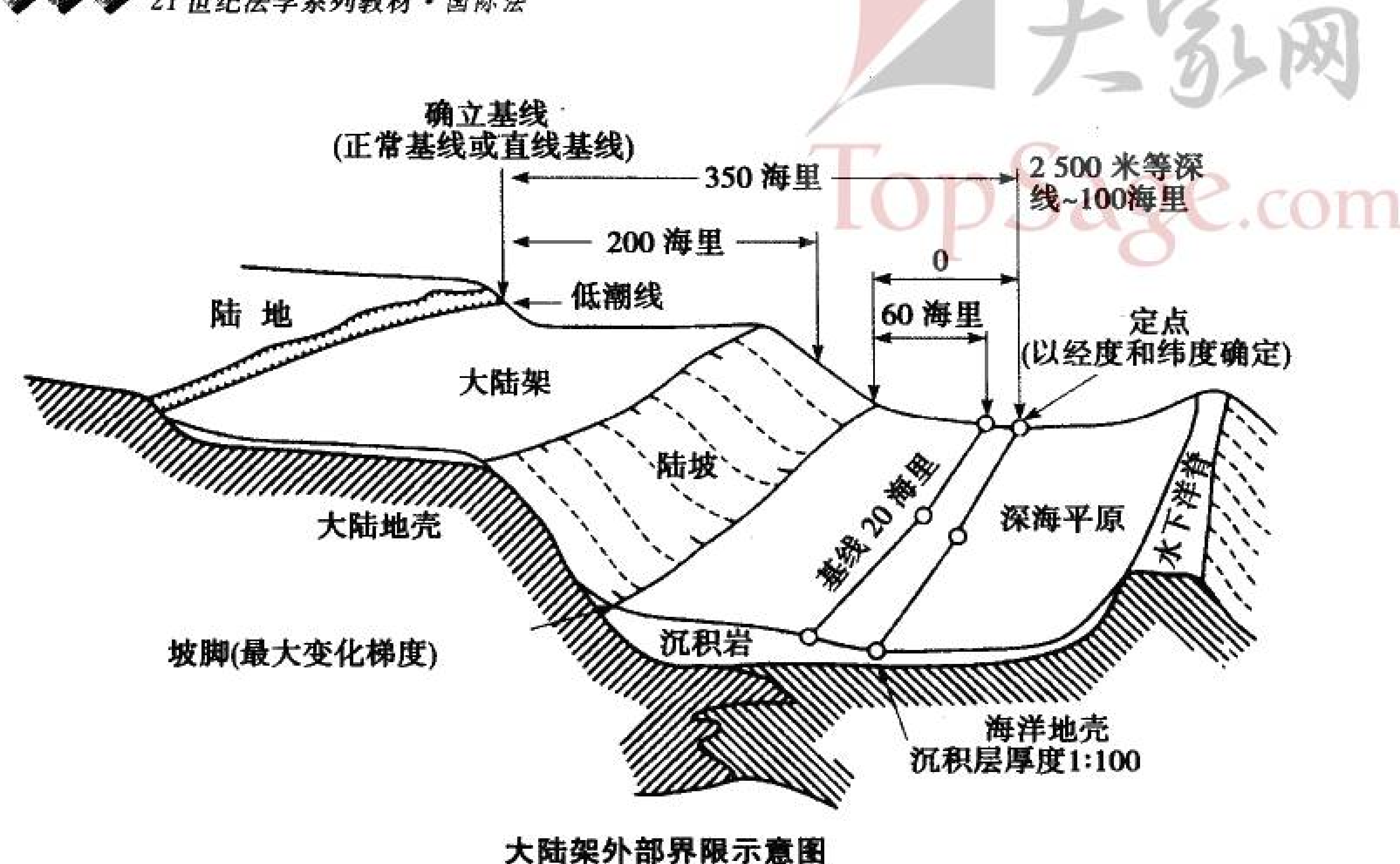
与200海里内大陆架界限的划定相比，沿海国单方面划定200海里以外大陆架界限的权利受到限制。《联合国海洋法公约》第76条第8款规定，沿海国应将其200海里以外大陆架界限的情报提交大陆架界限委员会。[1] 该委员会应就有关划定大陆架外部界限的事项向沿海国提出建议，沿海国在这些建议的基础上划定的大陆架界限应有确定性和拘束力。

二、大陆架的法律地位

大陆架是沿海国的一个资源管辖区域。根据《联合国海洋法公约》的规定，

---

① 截至2007年，有8个国家和1个国家联合提交了大陆架界限申请，它们是：俄罗斯（2001年）、巴西（2004年）、澳大利亚（2004年）、爱尔兰（2005年）、新西兰（2006年）、挪威（2006年）、法国和墨西哥（2007年）。国家联合是法国、西班牙、爱尔兰和英国（2006年）。



大陆架外部界限示意图

沿海国为勘探大陆架和开发其自然资源的目的，对大陆架享有主权权利。这种权利是专属的，即：如果沿海国不勘探大陆架或开发其自然资源，任何人未经沿海国明示同意，均不得从事这种活动。而且，这种权利还是沿海国所固有的，它并不取决于有效或象征的占领或任何明文公告。主权权利不是主权，而是沿海国为勘探和开发大陆架的自然资源所必要的和与这种活动相关的一切权利，包括管辖权以及防止和处罚违反行为的权利。沿海国对大陆架的主权权利主要包括：(1) 勘探、开发自然资源的权利。自然资源包括海床和底土的矿物和其他非生物资源，以及属于定居种的生物。(2) 授权和管理为一切目的在大陆架上进行钻探活动的专属权利。(3) 有建造并授权和管理建造、操作和使用人工岛屿、设施和使用人工岛屿、设施和结构的专属权利，并对它们拥有专属管辖权。

沿海国对大陆架的权利不影响上覆水域或水域上空的法律地位。按照《大陆架公约》的规定，大陆架上覆水域具有公海的法律地位。而根据《联合国海洋法公约》，如果沿海国主张专属经济区，那么200海里内的大陆架上覆水域及水域上空则适用专属经济区制度，而在200海里以外的大陆架上覆水域及水域上空则适用公海制度。《联合国海洋法公约》规定，其他国家在大陆架的权利包括：(1) 在大陆架上覆水域或水域上空航行或飞越的权利；(2) 在大陆架上铺设海底电缆和管道的权利。但管道路线的划定须经沿海国同意。

三、海岸相邻或相向国家间大陆架的划界

关于海岸相邻或相向国家间大陆架的划界，《大陆架公约》第6条规定，相邻或相向国家间大陆架的疆界应由两国之间的协议确定。在无协议的情况下，除特殊情况另定疆界线外，其疆界应适用等距离中间线原则来确定。这就是所谓"协议—等距离中间线和特殊情况"规则。在实践中，国家间的大陆架划界多采用等距离——中间线规则。但是，按照国际法院的意见，这个规则并没有成为习惯国际法规则，今后的实践也不能创立这样的规则。

《联合国海洋法公约》第83条规定："海岸相向或相邻国家间大陆架的界限，应在国际法院规约第三十八条所指国际法的基础上以协议划定，以便得到公平解决。"从这条规定可以看出，《联合国海洋法公约》并不像《大陆架公约》那样对大陆架划界的原则予以具体规定。形成这种情况，是第三次联合国海洋法会议上公平原则集团与等距离原则集团相妥协的结果。

《联合国海洋法公约》虽然没有明确规定适用于大陆架划界的任何具体原则，但国际实践和国际司法判例确立了公平原则在大陆架划界中的地位。[①] 国际法院在1969年"北海大陆架案"的判决中指出，划界应依公平原则，并考虑一切有关情况，使每一方尽可能多地得到作为其陆地领土自然延伸的所有部分。1977年"英法大陆架仲裁案"、1982年"突尼斯——利比亚大陆架案"、1985年"利比亚——马耳他大陆架案"等一再重申并发展了公平原则。所谓公平原则，不仅指必须采用公平的划界方法，更重要的是要达到公平的结果。"原则总是从属于目标。一项原则的公正性，必须按照其为达到公平结果的有用性来衡量。"

第七节　专属经济区

一、专属经济区的概念

专属经济区是《联合国海洋法公约》确立的一项新的海洋法制度，是指领海

---

① 参见刘楠来等：《国际海洋法》，254～255页，北京，海洋出版社，1986。

以外并邻接领海的一个区域，其宽度从测算领海宽度的基线量起，不超过200海里。

专属经济区概念的出现是与南美国家主张200海里海洋资源管辖区域分不开的。1947年智利《总统声明》宣布，凡距离智利海面200海里以内的海域均属智利国家主权扩展的范围，由智利实行保护和控制，但不影响其他国家公海自由航行的权利。这成为1972年加勒比海沿岸10国通过的《圣多明各宣言》规定的“承袭海”的基本内容。但“专属经济区”的名称和概念是非洲国家正式提出的。在第三次联合国海洋法会议上，在广大发展中国家的坚持和努力下，专属经济区概念被接受。《联合国海洋法公约》第五部分规定了专属经济区制度。

二、专属经济区的法律地位

（一）沿海国在专属经济区内的权利和义务

沿海国对专属经济区主要享有主权权利和管辖权。主权权利是与自然资源和经济活动有关的权利，即以勘探和开发、养护和管理专属经济区海床和底土及其上覆水域的自然资源（不论为生物或非生物资源）为目的的主权权利，以及在该区域内从事经济性开发和勘探，如利用海水、海流和风力生产能等其他活动的主权权利。这些权利是沿海国专属的，任何其他国家非经沿海国同意，不得进行这种勘探和开发。管辖权事项涉及人工岛屿、设施和结构的建造和使用，海洋科学研究，以及海洋环境的保护和保全。

根据《联合国海洋法公约》第56条，沿海国在行使其权利和履行其义务时，应适当顾及其他国家的权利和义务，并应以符合该公约规定的方式行使。

（二）其他国家的权利和义务

《联合国海洋法公约》第58条规定，在专属经济区内，所有国家，不论为沿海国或内陆国，在本公约有关规定的限制下，均享有航行和飞越的自由，铺设海底电缆和管道的自由，以及与这些自由有关的海洋其他国际合法用途。第88条至第115条有关适用于公海的一般规定以及其他国际法有关规则，只要与公约第五部分不相抵触，均适用于专属经济区。但是，各国在专属经济区内行使其权利和履行其义务时，应适当顾及沿海国的权利和义务，并应遵守沿海国制定的与公约第五部分不相抵触的法律和规章。

由此可见，专属经济区既不是领海，也不是公海，而是自成一类的国家管辖海域。



三、专属经济区与大陆架的关系

专属经济区与大陆架的相互关系，曾在第三次联合国海洋法会议上引起争论。有的国家主张取消大陆架制度，将它合并于专属经济区制度。然而，大多数国家认为，尽管建立了专属经济区制度，大陆架仍须作为一项独立的制度予以肯定。最后，《联合国海洋法公约》将专属经济区和大陆架作为两项独立的制度，分别规定在第五和第六部分中。

专属经济区和大陆架在200海里内是一个重叠区域，沿海国的权利也有重叠。为了解决这种重叠，《联合国海洋法公约》第56条第3款规定："本条所载的关于海床和底土的权利，应按照第六部分（大陆架）的规定行使。"

专属经济区和大陆架虽然有密切的联系，但二者又有很大不同。首先，沿海国对专属经济区和大陆架权利的依据不同。沿海国对大陆架的权利是固有的，是根据事实而存在的。而沿海国对专属经济区的权利并不是根据事实而存在的，它必须经过宣告。现在世界上大多数沿海国都主张了专属经济区，而且有些国家还主张了专属渔区。其次，二者的范围不同。200海里是专属经济区的最大宽度，但却是大陆架的最小宽度。因此，在200海里专属经济区外，沿海国仍可能有大陆架。最后，沿海国在这两个区域的权利所及的范围不同。沿海国对专属经济区的主权权利及于该区域内的所有资源，包括生物资源和非生物资源。而沿海国对大陆架的主权权利仅限于海床和底土的矿物和其他非生物资源，以及属于定居种的生物。因此，专属经济区制度和大陆架制度是各自独立的，又是密切联系的。

四、海岸相向或相邻国家间专属经济区的划界

《联合国海洋法公约》关于专属经济区划界的规定与关于大陆架划界的规定在文字上是完全相同的，其第74条规定，"海岸相向或相邻的国家间专属经济区的界限，应在国际法院规约第三十八条所指国际法的基础上以协议划定，以便得到公平解决"。这条规定表明，专属经济区划界应以国际法为基础，通过协议划定，并且必须达到公平的结果。

专属经济区划界引起的主要问题是与大陆架是否划一条共同边界线，即所谓单一海洋边界。《联合国海洋法公约》第74条和第83条都没有提到单一海洋划界的问题，但在国家实践和司法判例中，单一海洋边界却是海洋划界中普遍的做法。国际法院和国际仲裁自20世纪80年代起受理和裁决的海洋划界案几乎是单

一海洋划界，如1982年“缅因湾海洋边界划界案”、1992年“法国一加拿大关于圣皮埃尔—密克隆海洋区域争端案”，以及2001年“卡塔尔—巴林海洋划界与领土争端案”等。

五、我国专属经济区与大陆架

我国大陆从北往南濒临黄海、东海和南海。1998年《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》明确了我国享有的近海权利及其范围。该法第2条规定，我国的专属经济区为我国领海以外并邻接领海的区域，从测算领海宽度的基线量起延至200海里。我国的大陆架为我国领海以外依本国陆地领土的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土；如果从测算领海宽度的基线量起至大陆边外缘的距离不足200海里，则扩展至200海里。由于地理条件的限制和不尽相同的权利主张，我国与周边海洋邻国存在权利冲突。有的海区所存在的领土争端使这种争端更为复杂。

在黄海，韩国在1952年以“总统公告”的形式宣布了宽度为20～200海里的大陆架。1970年，韩国颁布《开发海底矿物资源法》，宣布以中间线为界，把其沿海矿区分为7个区，其中第1至4区与中国相向，第4区从其海岸向南延伸，直达离岸250海里的冲绳海槽。在东海，东海大陆架的东西两部分之间有一个巨大的冲绳海槽区。海槽以西的大陆架是我国大陆领土的自然延伸，属于我国的大陆架。而日本主张以中间线作为中日两国在东海的分界线。1974年，日本与韩国签订《共同开发大陆架协定》，在中国享有权利的东海大陆架区域划定所谓“共同开发区”，并擅自进行勘探和开发活动。2005年7月，日本授予日本帝国石油公司在东海中日争议海域的试开采权。这些激起了中国政府的多次抗议。[①] 在南海，一些周边国家根据种种理由对自古属于中国领土的南沙诸岛主张主权，并强占岛屿。各方的权利要求犬牙交错。

2000年12月，我国与越南签署了《关于两国在北部湾领海、专属经济区和大陆架的划界协定》和《北部湾渔业合作协定》。[②] 这是我国与周围邻国签订的第一个海洋划界协定。在其他海域，我国迄今尚未与任何一个邻国划定彼此之间的海洋疆界。我国一贯主张以和平方法解决领土争端，反对诉诸武力或以武力相

---

① 参见余民才：《中日东海油气争端的国际法分析——兼论解决争端的可能方案》，载《法商研究》，2005（1）。

② 2004年6月，该划界协定和渔业协定生效。

威胁；对于涉及与邻国的海洋疆界，应根据《联合国海洋法公约》和其他国际法规则通过协商划定。1996年我国在批准《联合国海洋法公约》时声明，我国将与海岸相向或相邻的国家，通过协商，在国际法基础上，按照公平原则划定各自海洋管辖权界限。1998年《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》也规定，我国与海岸相邻或相向国家关于专属经济区和大陆架的主张重叠的，在国际法的基础上按照公平原则以协议划定界限。如果未能划定界限，双方可以作出某种都能接受的共同安排。为此，我国提出了“搁置争议、共同开发”的主张，这在实践中已取得了具体成果。

第八节 公 海

一、公海的概念

公海的概念出现于17世纪，在19世纪获得普遍承认。1958年《公海公约》第1条规定，公海是指“不包括在一国领海或内水内的全部海域”。由于第三次联合国海洋法会议确立了新的专属经济区制度和群岛国制度，公海的概念发生了相应的变化。《联合国海洋法公约》第86条规定，公海是指“不包括在国家的专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域”。

二、公海自由

公海自由是现代国际海洋法的基本原则之一，它是指公海对所有国家开放，不论其为沿海国或内陆国。任何国家不得有效地声称将公海的任何部分置于其主权之下。因此，公海不是任何国家的领土，任何国家通常没有在公海的任何部分行使其立法、行政、管辖或警察的权利。①

公海自由的内容，随着科学技术的发展而变化。1958年《公海公约》第2条将公海自由列举为4项：(1) 航行自由；(2) 捕鱼自由；(3) 铺设海底电缆和管道的自由；(4) 公海上空飞行自由。《联合国海洋法公约》第87条根据各国在

① 参见［英］詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，第1卷第2分册，159页。

公海活动的新特点和新情况，将公海自由从4项扩大为6项，新增加的两项自由是：建造国际法所容许的人工岛屿和其他设施的自由以及科学研究的自由。但是，该公约的列举并不意味着已经概括了公海自由的全部内容。公海自由除该公约所特别列举的几项主要自由外，尚有其他的自由。而且这些自由会随着新技术的发展而变化。

公海自由是由所有国家享有并行使的。为了使内陆国可以行使公海自由，《联合国海洋法公约》第十部分规定，内陆国有出入海洋的权利以及利用一切运输工具通过过境国领土的过境自由。行使过境自由的条件和方式，应由内陆国和有关过境国通过双边、分区域或区域协定予以议定。各国在行使公海自由时，应适当顾及其他国家行使公海自由的利益，并适当顾及该公约所规定的同"区域"内活动有关的权利。而且，行使公海自由应符合"公海应只用于和平目的"的原则。

各项公海自由的具体内容和要求是：

1. 航行自由。这是公海自由中最主要、最基本的内容。它是指所有国家的船舶，不论是商船或军舰，均享有在公海的任何部分无障碍地航行的权利。《联合国海洋法公约》第90条规定，每个国家，不论是沿海国或内陆国，均有权在公海上行驶悬挂其旗帜的船舶。船舶悬挂的旗帜表明该船舶的国籍。航行在公海上的任何船舶都应具有国籍。至于船舶取得国籍的条件，由各国自行决定。

取得一国国籍的船舶，有权悬挂该国的旗帜，并受该国法律的管辖和保护。《公海公约》和《联合国海洋法公约》都规定，船舶具有其有权悬挂的旗帜所属国家的国籍。国家和船舶之间必须有"真正联系"。但在实践中，有些国家准许外国人所有的船舶悬挂其旗帜。而有些外国船舶为了逃避本国的税务或其他强制措施，往往悬挂这类国家的旗帜，这种旗帜被称为"方便旗"。由于悬挂方便旗的船舶与其国籍国之间往往缺乏"真正联系"，在发生问题时，方便旗是很难发生作用的。[①]

船舶航行应仅悬挂一国的旗帜。除所有权确实转移或变更登记的情形外，船舶在航程中或在停泊港内不得更换其旗帜。悬挂两国或两国以上旗帜航行并视方便而换用旗帜的船舶，对任何其他国家不得主张其中的任一国籍，并可视同无国籍的船舶。

---

① 2002年"威望号"油轮在西班牙沿海地区发生严重漏油事故后，界定"真正联系"被提上议事日程。一些国际组织请求联合国秘书长设立一个有关国际组织的"工作组"，以审查问题的根源。它们还吁请修改1986年《联合国船舶登记条件公约》，加强船旗国与其注册的船只的"真正联系"的规定。联合国秘书长在"海洋和海洋法的报告"中指出："现在可能是开始界定重要用语'真正联系'的时候了。"（《秘书长的报告：海洋和海洋法》，A/58/65，3 March，2003。）

2. 飞越自由。这是指各国的航空器，不论民用或军用航空器，均享有在公海上空飞行的自由。任何国家对这种自由不得加以限制或妨害。关于公海上空飞行应遵循的国际规则，有的适用航空法中的有关国际公约和国际习惯，有的则适用与公海航行相同事项的同样规则。

3. 捕鱼自由。即所有国家均有权在公海上捕鱼，但这项权利的行使受国际法规定的条件的限制。1958 年《公海捕鱼及养护生物资源公约》规定各国在行使公海捕鱼自由的同时，须遵守：(1) 其条约义务；(2) 该公约所规定的沿海国的利益与权利；(3) 关于养护公海生物资源的规定。《联合国海洋法公约》对公海捕鱼自由的限制除重申上述几项条件外，还作了新的规定，包括：捕捞同时出现在公海和专属经济区内的鱼种时应与沿海国进行协商，达成协议；在邻接水域捕捞一些特殊鱼群时，应与有关沿岸国直接或间接通过国际组织进行合作；各国有为其国民采取养护公海生物资源措施的义务，如与有关国家合作确定某鱼种的总可捕量、捕捞方式等。为进一步保护公海渔业资源，1995 年联合国大会通过了《关于执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(简称《联合国鱼类种群的协定》)。[①]

4. 铺设海底电缆和管道的自由。随着海底电缆的铺设，便产生了如何保护的问题。早在 1879 年，国际法研究院就曾讨论这个问题。1882 年和 1883 年，在法国的倡议下，一些国家在巴黎举行国际会议，并于 1884 年签订了《国际保护海底电缆公约》。1958 年《公海公约》正式把"铺设海底电缆和管道的自由"列为公海自由的一项内容，并对各国在公海铺设海底电缆和管道的权利、保护措施、损害赔偿以及处罚等作了规定。《联合国海洋法公约》在此基础上，对这项自由作了进一步的规定。

5. 建造国际法容许的人工岛屿和其他设施的自由。所有国家有权在公海上建造符合国际法的人工岛屿和其他设施。但这项自由受《联合国海洋法公约》第六部分(大陆架)的限制。第六部分关于"大陆架上的人工岛屿、设施和结构"的条款规定，"第六十条比照适用于大陆架上的人工岛屿、设施和结构"，而第 60 条是关于"专属经济区内的人工岛屿、设施和结构"的规定。这就意味着，在公海上建造国际法容许的人工岛屿和其他设施要受《联合国海洋法公约》第 60 条的限制。

6. 科学研究的自由。它是指各国均享有在公海上进行科学研究的自由。但这项自由的行使受《联合国海洋法公约》第六部分(大陆架)和第十三部分(海

---

① 该协定于 2001 年 12 月 11 日生效。截至 2007 年 10 月，该协定有 67 个缔约国。



洋科学研究）的限制。

三、公海上的管辖权

公海管辖权不是指对公海本身的管辖，而是对公海上的人和物的管辖。

（一）船旗国专属管辖

船旗国管辖是公海管辖的一般原则。这种管辖取决于船舶航行时所悬挂的旗帜。《联合国海洋法公约》第92条规定，船旗国对其在公海上航行的船舶具有专属管辖权。该公约其他条款对此进一步予以规定。第94条规定，"每个国家应对悬挂该国旗帜的船舶有效地行使行政、技术及社会事项上的管辖和控制"。军舰或专用于政府非商业性服务的船舶，在公海上享有不受船旗国以外任何其他国家管辖的完全豁免权。关于碰撞或其他航行事故的管辖权，该公约第97条规定，在公海上发生的碰撞或其他航行事故涉及船长或任何其他为船舶服务的人员的刑事或纪律责任时，对此种人员的任何刑事诉讼或纪律程序，仅可向船旗国或此种人员所属国的司法或行政当局提出。船旗国当局以外的任何当局，即使作为一种调查措施，也不应命令逮捕或扣留船舶。

（二）船旗国专属管辖的例外

1. 登临权

为了维护公海正常的法律秩序，军舰对公海上的外国船舶有登临权。这是船旗国专属管辖的一个例外。根据《联合国海洋法公约》第110条，除条约授权的干涉行为外，军舰对公海上享有完全豁免权的船舶以外的外国船舶，有合理根据认为有下列嫌疑的，有权登临该船：（1）从事海盗行为；（2）从事奴隶贩卖；（3）从事未经许可的广播；（4）没有国籍；（5）虽悬挂外国旗帜或拒不展示其旗帜，而事实上却与该军舰属同一国籍。登临的军舰有权检查该船悬挂的旗帜及船舶文件，甚至进行搜索。如证明此嫌疑无根据，且被登临的船舶并未从事嫌疑的任何行为，应对该船可能遭受的任何损失或损害负赔偿责任。军舰登临和搜索的权力比照适用于军用飞机，以及"经正式授权并有清楚标志可以识别的为政府服务的任何其他船舶或飞机"。

2003年5月，美国提出"防扩散安全倡议"，宣称要在本国内水或领海或其他国家领海以外的公海，对有合理嫌疑扩散大规模杀伤性武器及其运载工具和相关物质的船舶进行拦截、检查和扣押。这种行动的合法性受到质疑，现行公海登

临制度不能为它提供充分根据。

2. 紧追权

紧追权是船旗国专属管辖的另一个例外。它是指沿海国对违反其法律和规章并从其管辖海域逃向公海的外国船舶进行追逐以拿捕的权利。《联合国海洋法公约》第111条规定，沿海国当局如有充分理由认为外国船舶违反该国法律和规章时，可对该外国船舶进行紧追。这里引起紧追的理由在沿海国各管辖海域不尽相同，非领土性违法的种类明显地要比领土性违法的种类更加有限。紧追必须在外国船舶或其小艇之一位于追逐国的内水、群岛水域、领海、毗连区、专属经济区或大陆架内时，以及在外国船舶视听所及的距离内发出视觉或听觉的停驶信号后才可开始。紧追必须继续不停。只有追逐未曾中断，才可在领海或毗连区外继续进行。船舶或飞机接替最初追逐的船舶或飞机进行追逐不构成紧追的中断。紧追权在被追逐的船舶进入其本国领海或第三国领海时立即终止，但被追逐船舶进入其本国或第三国专属经济区不终止紧追权。紧追权只能由军舰、军用飞机或其他有清楚标志可以识别的为政府服务并经授权紧追的船舶或飞机行使。紧追权包含行使“必要且合理的武力”①。

上述行使紧追权的条件是累积的。只有满足每一项条件，紧追才是合法的。如果紧追无正当理由，在领海外被命令停驶或被逮捕的船舶可能因此遭受的任何损失或损害，追逐国应负赔偿责任。国际海洋法法庭在1999年“塞加号案”中判定，几内亚的紧追行为有几个条件没有满足，其逮捕“塞加号”是以违反《联合国海洋法公约》关于行使紧追权的规定行事的，因此侵犯了圣文森特和格林纳丁斯的权利而应负赔偿责任。②

第九节　国际海底区域

一、国际海底区域的法律地位

国际海底区域简称“区域”，是《联合国海洋法公约》确立的一个崭新概

---

① 余民才：《紧追权的法律适用》，载《法商研究》，2003（2）。

② See *International Tribunal for the Law of the Sea*, *Judgment on the M/V "SaiGa" (no. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, 1999.

念。它是指国家管辖范围以外的海床洋底及其底土，也就是各国大陆架或专属经济区以外的深海洋底及其底土。这个区域约占全部海洋面积的65%，蕴藏着丰富的、极有经济价值的多金属结核——锰结核。深海科技的发展使得勘探开发大洋底上的多金属结核成为可能，也就产生了国际海底区域及其资源的法律地位问题。

1967年8月，马耳他常驻联合国大使帕多提议宣布国家管辖范围以外的海床洋底及其资源是"人类的共同继承财产"。1970年12月，联合国大会通过第2749号决议，即《关于各国管辖范围以外海床洋底及其底土的原则宣言》。《联合国海洋法公约》第十一部分在该宣言所宣布原则的基础上对国际海底区域及其资源的法律地位以及法律制度作出了详细规定。

根据《联合国海洋法公约》第十一部分的规定，"区域"的法律地位可概括为：(1)"区域"及其资源①是人类的共同继承财产。(2)任何国家不应对"区域"的任何部分或其资源主张或行使主权或主权权利；任何国家或自然人或法人，也不应将"区域"或其资源的任何部分据为己有。任何这种主权和主权权利的主张和行使，或这种据为己有的行为，均应不予承认。(3)"区域"内资源的一切权利属于全人类，由国际海底管理局代表全人类行使。(4)"区域"上覆水域或这种水域上空的法律地位不受影响。

二、国际海底区域的开发制度和管理制度

(一)"区域"内活动应遵循的原则

依照《联合国海洋法公约》第十一部分，在"区域"内进行活动应遵循下述原则：(1)应有利于维持和平与安全，促进国际合作和相互了解；(2)应为全人类的利益而进行；(3)应开放给所有国家，不论是沿海国或内陆国，专为和平目的利用，不加歧视；(4)应适当顾及沿海国的权利和合法利益；(5)应促进发展中国家有效参加"区域"内活动以及保护海洋环境等。

(二)平行开发制度

国际海底区域法律制度的一项基本内容是资源开发制度，《联合国海洋法公约》对此作了比较全面的规定。在谁有权勘探开发"区域"资源的问题上，

---

① 这里的"资源"是指"区域"内在海床及其下原来位置的一切固体、液体或气体矿物资源，其中包括多金属结核。

经过长期协商谈判，形成了所谓“平行开发制”。“平行开发制”就是“区域”资源的开发由企业部，以及由缔约国或国营公司或在缔约国担保下的具有缔约国国籍或由这类国家或其国民有效控制的自然人或法人与管理局以协作方式进行。其具体做法是：申请者须向管理局同时提出两块具有同等估计商业价值的矿区，管理局选择其中一块作为自己的保留区，留给企业部自己开发，或同发展中国家联合开发；另一块则作为合同区，由申请者在同管理局签订合同后自己进行开发。

对于开发所涉及的生产政策、技术转让、合同的财政条款、审查制度等，《联合国海洋法公约》都作了具体规定。

（三）国际海底管理局

管理局是缔约国按照《联合国海洋法公约》第十一部分组织和控制“区域”内活动，特别是管理“区域”资源的专门机构。它具有《联合国海洋法公约》明示授予的权力和职务以及为行使这些权力和职务所必要的各项附带权力。管理局成员为《联合国海洋法公约》的所有缔约国，管理局设在牙买加的金斯敦，其主要机关有大会、理事会和秘书处。

大会由管理局的全体成员组成，“应视为管理局的最高机关”，有权“就管理局权限范围内的任何问题或事项制定一般性政策”。理事会由 36 个成员组成，为管理局的执行机关，有权依《联合国海洋法公约》和大会所制定的一般政策，制定管理局对于其权限范围以内的任何问题或事项所应遵循的具体政策。秘书处由秘书长和其他工作人员组成。秘书长是管理局的行政首长，在大会和理事会以及任何附属机关的一切会议上以这种身份执行职务，并执行这些机关交付的其他行政职务。

管理局下设企业部。企业部不是管理局的主要机关，而是直接进行“区域”内活动以及从事运输、加工和销售从“区域”回收的矿物的机关。

2000 年 7 月，管理局大会和理事会通过了人类历史上第一部涉及多金属结核的深海采矿法典——《“区域”内多金属结核探矿和勘探规章》。2004 年，理事会拟订了《“区域”内多金属硫化物和富钴铁锰结核探矿和勘探草案规章》。2006 年，理事会决定修改草案，起草两份单独的规章——一份涉及多金属硫化物，另一份涉及富钴铁锰结核。理事会还首次批准了德国提交的在“区域”勘探多金属结核工作计划的申请书。此外，管理局还设立工作组，研究深海底多金属结核探矿的技术、环境影响评价以及深海底生物多样性等问题，并提出了建议。1996 年 10 月，管理局取得联合国大会观察员身份。



三、《联合国海洋法公约》第十一部分存在的主要问题及其解决

美国等几个发达国家对《联合国海洋法公约》第十一部分规定的国际海底开采制度十分不满，它们拒绝签署或批准公约，这使公约即使生效也难以实施。为了克服这一障碍，建立一个具有普遍意义的国际海底开采制度，使公约获得普遍接受，从1990年起，联合国秘书长主持召集包括美国在内的有关国家对公约第十一部分进行非正式磋商。1994年7月，联合国大会通过了《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(简称《执行协定》)。[①]

《执行协定》重申"区域"及其资源是人类的共同继承财产，并规定公约第十一部分应按《执行协定》执行，《执行协定》与第十一部分应作为单一文书来解释和适用。

《执行协定》在缔约国的费用、企业部、决策程序、审查会议、技术转让、生产限额、补偿基金以及合同的财政条款等八个方面对公约第十一部分进行了修正，例如，大大减少了缔约国的费用；由管理局秘书处暂行企业部的职务；将理事会关于实质问题的决定，由三级表决制改为双重表决制；取消了有关强制性技术转让的条款；等等。但是，《执行协定》并未提到"修改"或"修正"，而用的是"执行"的词语。这样就避免了条约法上的一些问题。另外，《执行协定》所修正的仅是公约第十一部分的有关条款，并未涉及公约的其他规定。这就不仅解决了公约的普遍性问题，也维护了公约的完整性，避免了在国际海底开采方面出现多种制度并存的局面。

我国1996年批准《执行协定》。1991年，我国成为继印度、俄罗斯、法国和日本之后的第5个大洋开发先驱投资者。2001年，中国大洋协会与管理局签订了在北太平洋7.5万平方公里大洋矿区的《勘探合同》。

【课堂讨论案例】

X海峡东临B国和C国领土，西临C国C1岛屿，最大宽度不超过21海里，是一国际航道。两国都主张12海里领海。当A国两艘军舰通过X海峡的北部时，遭到B国海岸部队炮击，但未被击中。A国立即向B国抗议，声称其军舰在

① 《执行协定》于1996年7月28日生效。截至2007年10月，该协定的缔约国达到131个。

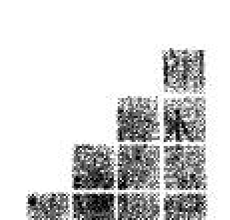
海峡中享有无害通过权。B国则称，外国军舰通过其领海必须事先得到许可。为进一步试探B国的态度，A国派遣两艘驱逐舰驶入X海峡北部，因触水雷遭重大毁损和人员伤亡。事件发生后，A国要求在海峡扫雷，遭到B国拒绝。随后，A国海军在海峡进行扫雷活动，B国提出强烈抗议。

请结合本章内容，思考下列问题：

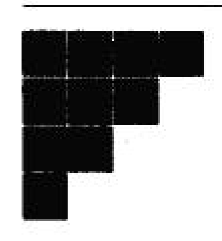
(1) A国军舰是否享有无害通过权？为什么？

(2) A国扫雷活动是否符合国际法？





第八章 空间法



第一节　空气空间法	一、概述 二、空气空间的法律地位 三、国际航空的基本法律制度 四、国际航空的损害赔偿制度 五、维护国际民用航空安全的法律制度
第二节　外层空间法	一、概述 二、外层空间的法律地位 三、外层空间法的主要原则 四、外层空间法的主要制度 五、外层空间活动的其他法律问题

本章概要

空间法是有关空气空间和外层空间领域的国际法原则、规则和制度的总称。空气空间和外层空间在国际法上具有不同的法律地位，它们的法律原则和制度也有各自的特点。

关键术语

国际航空法　领空主权　危害国际民用航空安全罪　外层空间法　和平利用外空原则　绝对责任

第一节　空气空间法

一、概述

随着科学技术的发展，人类在空间活动的领域不断扩展，适用于空间领域的法律也随之发展。科学家将空间分为空气空间和外层空间。空气空间一般是指环绕地球的大气层空间，外层空间一般指大气层以外的空间。空气空间与外层空间不仅在物理方面不同，在法律地位和适用的法律原则与制度方面有着明显的区别。适用于空气空间领域的法律原则、规则和制度称为空气空间法。由空间的物理性质所决定，航空器成为人类在空气空间活动的主要工具，人类在空气空间的活动简称为航空。适用于空气空间的国际航空法是在各国利用空气空间的过程中逐渐发展起来的一个新兴法律部门。作为国际法分支的航空法，或称国际航空法，是指适用于民用航空领域的国际法原则、规则和制度的总称。

航空法是适应人类在空气空间活动的需要而产生和发展的。在1783年蒙特高尔夫兄弟制造热气球载人升空后，法国政府于1784年颁布一项治安法令，规定未经特许不得放飞气球。1785年布兰查德乘气球飞越英吉利海峡，法国政府于同年制定了空中安全飞行规则，规定气球应配备降落伞。1903年美国莱特兄弟驾驶有动力驱使、重于空气的航空器飞行成功，人类在空气空间的活动进入了

新的发展时期。随着人类航空活动的发展，国际社会对航空的法律问题逐渐重视起来。

1919年3月22日，巴黎至布鲁塞尔的世界上第一条国际民用航线开通。随着国际民用航空事业的发展，国际航空法也逐渐发展起来，并形成了国际航空法的法律制度体系，主要包括：(1) 以1944年芝加哥公约为主体的国际民用航空基本法律体制；(2) 以1929年华沙公约为主体的国际民用航空损害赔偿法律体制；(3) 以1970年海牙公约和1971年蒙特利尔公约为主体的维护国际民用航空安全法律体制。

1944年芝加哥国际民用航空会议通过的《国际民用航空公约》(或“芝加哥公约”) 是现行有关国际航空的最广泛和最重要的国际法律文件[①]，确立了有关现代国际航空法的基本原则和规则，被称为国际民用航空活动的宪章性文件。该公约共22章，计96条，主要涉及空中航行的一般原则、航空飞行、航空器国籍、便利措施、国际标准与建议措施以及航空运输等。该公约还建立了国际民用航空组织，该组织于1947年5月成为联合国的一个专门机构。中国是该公约的原始缔约国之一。1971年11月19日，国际民用航空组织通过决议，承认中华人民共和国政府的代表是中国的唯一合法代表。1974年2月15日，中国政府正式通知该组织，承认《国际民用航空公约》及其8个议定书，并自同日起参加该组织的活动。从1974年9月起中国一直被选为该组织理事会的理事国。

二、空气空间的法律地位

空气空间既包括国家领土的上空，即领空部分，也包括不属于任何国家领土的上空部分，如领海以外各海洋区域和南极的上空。根据公认的国际法规则，不属于任何国家领土的上空是自由和开放的，任何国家的航空器在遵守国际法规定条件下均可自由飞越。但是，国家领土的上空的法律地位，在第一次世界大战以前，曾一度是争议的问题。主要有以下几种理论：

(1) 完全自由说。该学说将海洋自由的观点引申到空中，主张空气空间应和海洋一样开放，完全自由。(2) 有条件自由说。该学说主张空气空间原则上应是开放和自由的，但地面国家享有自保权。(3) 海洋比拟说。该学说主张空间与海洋类比，既然海洋可以分为公海和领海，空间也可以分为公空和领空。国家主权可以及于一定高度的空气空间，领空以外的公空应是开放和自由的。(4) 国家主

---

① 该公约于1947年4月4日生效，现有成员国188个。

权论。该学说主张地面国家对其上空具有主权。(5) 有限主权说。该学说主张空气空间原则上属于国家主权支配的领域，但外国航空器享有无害飞越一国领空的权利。

尽管在理论上存在不同的观点，但在第一次世界大战中，飞机飞行对地面国家造成的威胁使各国从实际出发，坚持国家主权论。因此，在战后的 1919 年《关于航空管理的公约》(即《巴黎公约》) 中，国家对其领土上空的主权得到了明确规定：缔约各国承认每一国家对其领土上空具有完全和排他的主权。《巴黎公约》有关国家领土上空的空气空间法律地位的规定得到了国际社会的普遍赞同，随后的包括 1944 年芝加哥《国际民用航空公约》在内的一系列国际公约重申了《巴黎公约》的原则。

三、国际航空的基本法律制度

(一) 领空主权

国家领土之上的空气空间为国家的领空，是国家主权行使的空间。领空主权原则是确定的国际法原则。根据 1944 年芝加哥公约，领空主权主要表现在如下方面：

(1) 领空不得侵犯。国家对其领空享有完全和排他的主权，外国航空器没有"无害通过权"。因此，未经一国允许，任何外国航空器不得飞入或飞越该国领空。未经允许擅自进入一国领空的航空器，尤其是军用飞机，构成侵犯领空主权，地面国有权采取相应措施，如警告其离境、迫降甚至击落。1984 年修正芝加哥公约新增第 3 条分条规定，国家在行使主权时，对于未经允许而飞越其领土的民用航空器，如果有合理的根据认为该航空器被用于与该公约宗旨不相符的目的，有权要求该航空器在指定的机场降落；该国也可以给该航空器任何其他指令，以终止此类侵犯。为此目的，国家可采取符合国际法有关规则的适当方法。但是，对飞行中的民用航空器使用武器必须避免。如果进行拦截，必须不危及航空器内人员的生命和航空器的安全。

(2) 设立"禁区"。国家出于军事需要或公共安全的理由，可在其领土内的某些地区的上空设立"禁区"，限制或禁止外国航空器飞行。但这种禁区应不分国籍地适用于一切国家的民用航空器。在非常情况下，或在紧急时期内，或为了公共安全，国家也可以暂时限制或禁止航空器在其全部或部分领土上空飞行的权利，但此种限制或禁止应不分国籍地适用于所有其他国家的航空器。

(3) 保留"国内载运权"，即国家领土内两个地点之间的航空营运权。国家

有权拒绝准许其他国家的航空器为取酬或出租在其领土内载运乘客、邮件和货物前往其领土内另一地点。国家不得在排他的基础上特准任何其他国家的空运企业享有此项特权，也不得向任何其他国家取得此项排他的特权。

（4）制定航空法律和规章。为开发和利用本国的航空资源，维护空中航行的正常秩序，保护公众的合法利益，国家有权制定航空法律和规章。外国航空器须遵守这种法律和规章。大多数国家都制定有这类航空法律和规章。我国于1995年10月颁布了《中华人民共和国民用航空法》，对国内民用航空运输和外国民用航空器在我国从事民用航空活动应遵守的规则作了详细规定。此外，我国还颁布了《飞行基本规则》（2007年修正）和《通用航空飞行管制条例》（2003年）等规章。

（二）航空器及其国籍

航空器是指在大气中依靠空气的反作用力而不是依靠空气对地（水）面的反作用力取得支撑力的任何器械。航空器在法律上可分为民用航空器和国家航空器。这种分类不取决于航空器的所有权，而取决于它的用途。根据《国际民用航空公约》第3条，用于军事、海关和警察部门的航空器，应认为是国家航空器。用于这些用途之外的其他航空器就是民用航空器。民用航空器与国家航空器具有不同法律地位。《国际民用航空公约》规定，该公约仅适用于民用航空器，不适用于国家航空器。一缔约国的国家航空器未经特别协定或其他方式许可，不得飞越另一国领土上空或在此领土上降落。民用航空器则可按航空协定的规定飞越另一国领土上空或在此领土上降落。

航空器应具有国籍。《国际民用航空公约》规定："航空器具有其登记的国家的国籍。"航空器在一个以上国家登记不得认为有效，但其登记可由一国转移至另一国。航空器的登记或转移登记，应按有关国家的法律和规章办理。从事国际飞行的航空器应具有适当的国籍标志和登记标志。

（三）国际航空运输

国际航空运输是指航空器经过一个以上国家的领空，从事旅客、货物或邮件的公共航空运输。《国际民用航空公约》将国际航空运输分为"非航班飞行"和"航班飞行"两类进行管理。

关于非航班飞行，该公约规定，缔约国一切不从事国际航班飞行的航空器，在遵守该公约规定的条件下，不需要事先获准，有权飞入或飞经其他缔约国领土而不降停，或作非运输业务性降停，但飞经国有权令其降落。此类航空器如为取

酬或出租而载运乘客、货物、邮件但非从事定期国际航班飞行，在遵守“国内载运权”规定的情况下，亦有权上下乘客、货物或邮件。对于航班飞行，该公约作出了不同的规定，即：国际航班飞行，非经一缔约国的特准或许可并遵守此项特准或许可的条件，不得在该国领土上空飞行或飞入该国领土。

为了多边解决定期国际航班的营运权，在1944年国际民用航空会议上，与会国家还签订了《国际航空运输协定》和《国际航班过境协定》。前者规定了五种关于定期国际航班的空中自由，因而又被称为《五大自由协定》。这五大空中自由是：（1）不降停而飞越其领土的权利；（2）非运输业务性降停的权利；（3）卸下来自航空器所属国领土的旅客、货物和邮件的权利；（4）装载前往航空器所属国的旅客、货物和邮件的权利；（5）装卸前往或来自任何其他缔约国领土第三国的旅客、货物和邮件的权利。后者规定了两种关于定期国际航班的空中自由，因而又被称为《两大自由协定》。这两大空中自由是：（1）不降停而飞越其领土的权利；（2）非运输业务性降停的权利。但是，这两个协定没有得到普遍赞同，所以，国际航空运输的营运权问题主要还是由有关国家间的双边航空运输协定来解决。

（四）中华人民共和国民用航空法

1995年10月30日，第八届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过的《中华人民共和国民用航空法》（以下简称“1995年民用航空法”），是中国第一部民用航空法。该法规定：

1. 中华人民共和国的领陆和领水之上的空域为中华人民共和国领空。中华人民共和国对领空享有完全的、排他的主权。国家对领空实行统一管理。在中华人民共和国境内飞行的航空器，必须遵守统一的飞行规则。民用航空器未经批准不得飞出中华人民共和国领空。

2. 民用航空器是指除用于执行军事、海关、警察飞行任务外的航空器。经中华人民共和国国务院民用航空主管部门依法进行国籍登记的民用航空器，具有中华人民共和国国籍。民用航空器不得具有双重国籍。未注销外国国籍的民用航空器不得在中华人民共和国申请国籍登记。

具有中华人民共和国国籍的民用航空器，应当持有国务院民用航空主管部门颁发的国籍登记证书和适航证书，方可飞行。

3. 外国民用航空器根据其国籍登记国政府与中华人民共和国政府签订的协定、协议的规定，或者经中国国务院民用航空主管部门批准或者接受，方可飞入、飞出中国领空和在中国境内飞行、降落。

对于不符合这一规定，擅自飞入中国领空的外国民用航空器，中国有关机关有权采取必要措施，令其在指定的机场降落；对于虽然符合这一规定，但有合理的根据认为需要对其进行检查的，有关机关有权令其在指定的机场降落。

4. 外国民用航空器的经营人，不得经营中华人民共和国境内两点之间的航空运输。

四、国际航空的损害赔偿制度

(一) 1929年华沙公约

1929年在华沙签订的《统一国际航空运输某些规则的公约》（以下简称"1929年华沙公约"）[①]，是第一个有关航空承运人的损害赔偿责任的国际公约。

1. 1929年华沙公约有关损害赔偿责任的主要内容

1929年华沙公约规定，对于旅客因死亡、受伤或身体上的任何其他损害而产生的损失，如果造成这种损失的事故是发生在航空器上或在上下航空器的过程中，承运人应承担责任。对于任何已登记的行李或货物因毁灭、遗失或损坏而产生的损失，如果造成这种损失的事故是发生在航空运输期间，承运人应负责任。承运人对于旅客、行李或货物在航空运输过程中因延误而造成的损失应负责任。

承运人如果证明自己和他的代理人为了避免损失的发生，已经采取一切必要的措施，或不可能采取这种措施，就不承担责任。如果承运人证明损失的发生是由于受害人的过失所引起或促成，法院可以按照它的法律规定，免除或减轻承运人的责任。

如果损失的发生是由于承运人的有意的不良行为，或由于承运人的过失，而根据受理法院的法律，这种过失被认为等于有意的不良行为，承运人就无权引用1929年华沙公约关于免除或限制承运人责任的规定。

2. 1955年海牙议定书

1955年在海牙订立的《修改1929年10月12日在华沙签订的统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》（以下简称"1955年海牙议定书"）[②]，对1929年华沙公约的某些规则进行了修改。1955年海牙议定书对国际运输定义为：按照契约当事人的约定，无论运输中有无间断或有无转运，其出发地点与目的地点系在两个缔约国的领土内，或在一个缔约国领土内而在另一个缔约国甚至非缔约国

① 该公约于1933年2月13日生效。

② 该公约于1963年8月1日生效。

的领土内有一约定的经停地点的任何运输。在一个缔约国领土内两地间的运输而在另一个国家的领土内没有约定的经停地点，不是该公约意义上的国际运输。

1955年海牙议定书删除了1929年华沙公约关于在运输货物和行李时，如果承运人证明损失的发生是由于驾驶上、航空器的操作上或领航上的过失，而在其他一切方面承运人和他的代理人已经采取一切必要的措施以避免损失时，就不承担责任的规定。1955年海牙议定书提高了承运人的责任限额，对每一旅客的责任限额从1929年华沙公约规定的125 000法郎提高到250 000法郎。

3. 1999年蒙特利尔公约

1999年《统一国际航空运输某些规则的公约》（简称蒙特利尔公约）[①] 以统一旧华沙体制下的各项公约和议定书为目标，并在其基础上对承运人责任制度进行了重大修改。公约对旅客伤亡的赔偿以10万特别提款权为界，采取双梯度责任制：如果索赔金额不超过10万特别提款权，无论承运人有无过错，都应当承担责任，即10万特别提款权的无过错责任或严格责任制。如果索赔金额超过10万特别提款权，而承运人又不能证明自己没有过错或者证明伤亡是由于第三人的过错造成的，承运人就应当承担责任，即10万特别提款权以上的过错推定责任制。公约还建立了责任限额的定期复审机制。

（二）1952年罗马公约

1952年在罗马签订的《关于外国航空器对地面第三者造成损害的公约》（以下简称“1952年罗马公约”）[②]，是第一个有关航空器对地面第三者造成损害的赔偿责任公约。1929年华沙公约的赔偿责任制度是以航空承运人的过失为基础的过失责任制度，是航空承运人对自己所载运的旅客和货物的损害予以赔偿。1952年罗马公约的赔偿责任制度是以航空器造成损害的后果为基础的危险责任制度，是航空承运人对地面第三者因航空器造成的损害予以赔偿。过失责任制度以责任人的主观过失为基础，因此又称主观责任制。危险责任制度不以责任人的主观过失为基础，而以责任人从事的客观活动的实际危险性为基础，因此又称客观责任制。

1. 1952年罗马公约的主要内容

1952年罗马公约适用于在一缔约国领土的，由在另一缔约国登记的航空器在飞行中对地面或者水面上第三者造成的损害。为该公约的目的，在公海上的船

---

① 该公约于2003年11月4日生效。我国于2005年6月1日批准。

② 该公约于1958年2月4日生效。

舶或者航空器应被视为该船舶或航空器登记国领土的一部分。

1952年罗马公约第1条明确规定，凡在地（水）面上遭受损害的人，只要证明该项损害是飞行中的航空器或从飞行中的航空器上坠落下的人或物所造成的，即有权获得该公约规定的赔偿。根据该公约所规定的客观责任原则，飞行中的航空器或从飞行中的航空器上坠落的人或物对地面上的第三人造成损害时，不论航空承运人是否有过失，受害人均可直接向承运人请求赔偿。“航空承运人”是指造成损害时实际利用航空器的人。但是，如果所受损害是航空器遵照现行的空中交通规则在空中通过的结果，受害人无权要求赔偿。

1952年罗马公约规定，如果损害是武装冲突或民事骚乱的直接后果，或者承运人航空器被公共权力机关强制使用时，免除承运人的责任。如果能证明损害全部或部分是由于受害人的过失所造成，可以免除或减轻承运人的赔偿责任。

2. 1978年蒙特利尔议定书

1978年国际民用航空组织理事会在蒙特利尔召开修改1952年罗马公约的国际航空会议，签订了《蒙特利尔议定书》，扩大了1952年罗马公约的适用范围并提高了1952年罗马公约规定的赔偿限额。

1952年罗马公约第23条规定该公约适用于在另一缔约国登记的航空器对地面上的第三者造成的损害。1978年蒙特利尔议定书修改为该公约不仅适用于在另一缔约国登记的航空器，还可适用于下述情况的航空器：航空承运人的主要营业地在另一缔约国；如无主要营业地，其永久居所地在另一缔约国。

承运人的责任限额依航空器的吨位予以确定。1978年蒙特利尔议定书规定的赔偿限额为：2吨以下的航空器为30万特别提款权；6吨以下的航空器为100万特别提款权；30吨以下的航空器为250万特别提款权；超过30吨的航空器为2 340万特别提款权。对个人的损害最高责任限额为每人125万特别提款权。如果证明损害是承运人故意造成的，承运人的赔偿责任是无限责任。

五、维护国际民用航空安全的法律制度

（一）概述

20世纪30年代，出现了第一起劫机事件。到了20世纪60、70年代，劫持飞机的犯罪已构成对国际航空的严重威胁。此外，在飞机内的其他犯罪行为以及在机场内的恐怖主义行为也日益严重。为维护国际民用航空安全与正常秩序，有关预防、禁止和惩治危害国际航空罪的国际法原则、规则和制度逐渐形成并得到发展。这方面的国际公约主要包括：

（1）1963年《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》（以下简称“1963年东京公约”）。[①]（2）1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》（以下简称“1970年海牙公约”）。[②]（3）1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》（以下简称“1971年蒙特利尔公约”）。[③]（4）1988年《补充1971年9月23日在蒙特利尔制定的关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》（以下简称“1988年补充蒙特利尔公约议定书”）。

除上述国际公约外，联合国大会和联合国安全理事会还通过了一系列打击与危害国际航空罪有关的恐怖主义的决议。1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》进一步补充了控制危害国际航空罪行的国际刑法规则。中国于1978年加入东京公约，于1980年加入1970年海牙公约和1971年蒙特利尔公约，参与制定并有效执行了联合国若干打击恐怖主义的决议。

（二）危害国际航空罪的分类和定义

一般来讲，危害国际航空罪可分为非法劫持航空器罪、危害航空器飞行安全罪以及危害国际民用航空机场安全罪。

1. 非法劫持航空器罪

1970年海牙公约第1条规定，凡在飞行中的航空器内的任何人：（1）用暴力或用暴力威胁，或用任何其他恐吓方式，非法劫持或控制该航空器，或企图从事任何这种行为；或（2）是从事或企图从事任何这种行为的人的同犯，即是犯有罪行。

根据1970年海牙公约的定义，非法劫持航空器罪是指在飞行中的航空器内的人员，用暴力或暴力威胁，或用其他恐吓方式，非法劫持或控制该航空器的犯罪行为。

非法劫持航空器罪与其他危害国际民用航空安全的犯罪相比，其不同主要在于：

第一，犯罪地点限定于“飞行中的航空器内”。所谓“飞行中”，是指航空器从装载完毕、机舱外部各门均已关闭时起，直至打开任一机舱门以便卸载时为止。航空器强迫降落时，在主管当局接管对该航空器及其所载人员和财产的责任

① 该公约于1969年12月4日生效。
② 该公约于1971年10月14日生效。
③ 该公约于1973年1月26日生效。

前，应被认为仍在飞行中。

第二，犯罪主体是“飞行中的航空器内的人员”。因此，凡不在飞行中的航空器内的人员，其从事的与劫机有关的犯罪行为不构成国际刑法上所禁止的非法劫持航空器罪。

第三，犯罪是为了劫持或控制该航空器。因此，在飞行中的航空器内的人员，如果其犯罪目的不是劫持或控制该航空器，不构成非法劫持航空器罪。例如，对飞行中的航空器内的人从事暴力行为，虽然这种行为可能会危及该航空器的安全，但如果行为人的犯罪目的不是劫持或控制该航空器，则不构成非法劫持航空器罪，而构成其他的危害国际民用航空安全的行为。

2. 危害航空器飞行安全罪

1971年蒙特利尔公约第1条第1款规定，任何人如果非法地和故意地从事下述行为，即是犯有罪行：(1) 对飞行中的航空器内的人从事暴力行为，如该行为将会危及该航空器的安全；或 (2) 破坏使用中的航空器或对该航空器造成损坏，使其不能飞行或将会危及其飞行安全；或 (3) 用任何方法在使用中的航空器内放置或使别人放置一种将会破坏该航空器或对其造成损坏使其不能飞行或对其造成损坏而将会危及其飞行安全的装置或物质；或 (4) 破坏或损坏航行设备或妨碍其工作，如任何此种行为将会危及飞行中航空器的安全；或 (5) 传送他明知是虚假的情报，从而危及飞行中的航空器的安全。

1971年蒙特利尔公约第1条第2款规定，任何人如果他从事下述行为，也是犯有罪行：(1) 企图犯该条第1款所指的任何罪行；或 (2) 是犯有或企图犯任何此种罪行的人的同犯。

根据1971年蒙特利尔公约的规定，危害航空器飞行安全罪是指行为人非法故意从事国际刑法所禁止的危害航空器飞行安全的行为。

与非法劫持航空器罪相比，这类犯罪所具有的特点在于犯罪地点、犯罪行为人和犯罪方式的多样性以及犯罪后果的可预见性：

第一，行为人不仅从事了国际刑法所禁止的行为，而且这些行为将会危及航空器的飞行安全。因此，就危害航空器飞行安全罪而言，“危害”是构成犯罪的一个重要因素。如果行为人所从事的行为不足以构成危及航空器的飞行安全，就不能定为危害航空器飞行安全罪。例如，破坏使用中的航空器或对该机造成损坏，如果这种破坏或损坏不会危及航空器飞行安全，不构成本罪。

第二，侵犯的对象不仅有飞行中的航空器，还包括使用中的航空器。所谓“使用中”的航空器，是指从地面人员或机组人员为某一特定飞行而对航空器进行飞行前的准备时起，直到降落后24小时止。在任何情况下，使用的期间应包

括前述所规定的航空器是在飞行中的整个时间。

第三，表现形式多样。

3. 危害国际民用航空机场安全罪

根据 1988 年补充蒙特利尔公约议定书第 2 条第 1 款的规定，任何人使用一种装置、物质或武器，非法地和故意地实施下列行为，即为犯罪：(1) 在用于国际民用航空的机场内对人实施暴力行为，造成或足以造成重伤或死亡的；或者 (2) 破坏或严重损坏用于国际民用航空的机场的设备或停在机场上未使用的航空器，或者中断机场服务危及或足以危及该机场的安全。

根据该议定书第 2 条第 2 款的规定，任何人如果从事下述行为，也是犯有罪行：企图犯上述条款所指的任何罪行。

根据 1988 年补充蒙特利尔公约议定书第 1 条的规定，该议定书补充 1971 年 9 月 23 日订于蒙特利尔的制止危害民用航空安全非法行为的公约。在该议定书各缔约国之间，1971 年蒙特利尔公约和 1988 年补充蒙特利尔公约议定书应被视为并解释为一个单一的文件。

与 1971 年蒙特利尔公约规定的危害国际民用航空安全的犯罪相比，这类犯罪的特点在于：

第一，犯罪的地点是为国际民用航空服务的机场。

第二，行为人通过从事国际刑法所禁止的行为危害了国际民用航空机场的安全。这种行为主要有：(1) 对人进行了暴力行为，造成或可能造成严重的伤害或死亡；(2) 毁坏或严重损害为国际民用航空服务的机场上的设备或停放在机场上未使用的航空器或使机场的服务陷人混乱状态。

行为人所从事的行为必须危及或可能危及该机场的安全，才构成危害国际民用航空机场安全罪。

(三) 国际合作

1. 国家应通过国内法将危害国际民用航空安全行为定为刑事犯罪并予以惩治

1970 年海牙公约和 1971 年蒙特利尔公约明确规定，各缔约国承允对公约所规定的罪行给予严厉惩罚。[①]

2. 国家应在国内法中确立对危害国际航空安全罪的管辖权

根据 1970 年海牙公约第 4 条、1971 年蒙特利尔公约第 5 条的有关规定，在

① 参见 1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》第 2 条和 1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》第 3 条。

下列情况下，各缔约国应采取必要措施，对罪行实施管辖权：

（1）罪行是在该国领土内发生的；（2）罪行是针对该国登记的航空器，或在该航空器内发生的；（3）在其内发生犯罪行为的航空器在该国降落时被指称的罪犯仍在航空器内；（4）罪行是针对租来时不带机组的航空器，或是在该航空器内发生的，而承租人的主要营业地，或如承租人没有这种营业地，则其永久居所是在该国；（5）当被指称的罪犯在缔约国领土内，而该国未将此人引渡时。

该两公约不排斥缔约国根据本国法行使任何刑事管辖权。

1970年海牙公约和1971年蒙特利尔公约所规定的管辖权主要具有以下特点：

第一，国际法和国内法管辖并存。公约要求国家在某些情况下，必须建立管辖权。这使得缔约国具有国际法上的义务去确立对危害国际民用航空安全罪的管辖权。从缔约国必须确立管辖权的意义上讲，这种管辖权具有强制性管辖的性质。而与此相对照的是不属于国际法义务范围的依照国内法行使的"刑事管辖权"。由于公约规定了多种管辖权，又不排除依国内法行使的任何管辖权，在对危害国际航空罪的管辖方面，形成了并存管辖的体制。

第二，确立了具有补充性质的普遍管辖权原则。公约规定的普遍管辖权，是对公约所规定的管辖原则的补充，具有重要的条件限制：（1）犯罪嫌疑人在该国境内；（2）该国不将其引渡到依1970年海牙公约第4条第1款和1971年蒙特利尔公约第5条第1款实施刑事管辖权的国家。在具备上述条件的情况下，该国应实施管辖。

3. 各国在控制危害国际航空安全罪方面，应遵循"或起诉或引渡"原则

根据1970年海牙公约第7条、1971年蒙特利尔公约第7条的规定，在其境内发现被指称的罪犯的缔约国，如不将此人引渡，则不论罪行是否在其境内发生，应无例外地将此案件提交其主管当局以便起诉。该当局应按照本国法律以对待任何严重性质的普通罪行案件的同样方式作出决定。

4. 国家应采取有效措施合作防止危害国际航空罪行

1970年海牙公约和1971年蒙特利尔公约明确规定：缔约各国应根据国际法和本国法，努力采取一切可能的措施，以防止发生公约所指的罪行；罪犯或被指称的罪犯所在的任一缔约国在判明情况有此需要时，应将该人拘留或采取其他措施以保证该人留在境内；任何缔约国如有理由相信将要发生公约所指的罪行，应遵照其本国法向有关国家提供其所掌握的任何有关情况。[1]

5. 各国应在对危害国际航空安全罪提起刑事诉讼方面依法提供协助与合作

根据1970年海牙公约第10条和1971年蒙特利尔公约第11条的规定，缔约

---

① 参见1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》第6条和1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》第6条、第10条和第12条。

各国对于危害国际航空罪提出的刑事诉讼，应相互给予最大限度的协助。在任何情况下，都应适用被要求国的法律。

6. 各国应在对危害国际航空安全罪引渡方面依法进行合作

1970年海牙公约和1971年蒙特利尔公约明确规定了关于引渡的原则和规则：

（1）前述罪行应看做是包括缔约各国间现有引渡条约中的可引渡的罪行。缔约各国承允将此种罪行作为一种可引渡的罪行列入它们之间将要缔结的每一项引渡条约中。（2）如一缔约国规定只有在订有引渡条约的条件下才可以引渡，而当该缔约国接到未与其订有引渡条约的另一缔约国的引渡要求时，可以自行决定认为公约是对该罪行进行引渡的法律根据。引渡应遵照被要求国法律规定的其他条件。（3）缔约各国如没有规定只有在订有引渡条约下才可以引渡，则在遵守被要求国法律规定的条件下，应承认公约所规定的罪行是它们之间可引渡的罪行。（4）为在缔约各国间的引渡的目的，罪行应看做不仅是发生在所发生的地点，而且也是发生在根据公约规定要求实施其管辖权的国家领土上。①

（四）我国民用航空法和刑法的有关规定

为了制止和惩治危害国内和国际民用航空安全的行为，我国民用航空法规定，凡以暴力、胁迫或其他方式劫持航空器，或对飞行中的航空器上的人员使用暴力，或在航空器内放置危险品，或传递虚假情报干扰飞行秩序等行为，均构成危害航空安全的犯罪行为，应追究其刑事责任。于1997年修订的《中华人民共和国刑法》对上述行为的刑事责任作了具体规定。

第二节 外层空间法

一、概述

外层空间一般指大气层以外的整个空间。随着科学技术的发展，外层空间成为人类探索和利用的又一新领域。1957年10月4日，苏联成功地发射第一颗人

---

① 参见1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》第8条和1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》第8条。

造卫星。1961年4月12日，苏联成功地发射了载人宇宙飞船。1969年7月20日，美国的宇航员实现了人类登上月球的梦想。

随着人类探索和利用外层空间活动的发展，适用于外层空间的法律也随之建立和发展。适用于外层空间领域的法律原则、规则和制度称为外层空间法。在外层空间法的建立和发展方面，联合国发挥了重要作用。1957年，联合国在有关裁军的决议中指出，为保障外层空间物体的发射完全用于科学及和平目的，应共同研究一套监督制度。1959年，联合国大会设立了"联合国和平利用外层空间委员会"，致力于研究和平利用外层空间可能产生的法律问题，为制定适用于外空活动的基本原则和法律制度作出了重要贡献。

外层空间法作为国际法的一个部门法，国际法的各项渊源也是外层空间法的渊源。但值得强调指出的是，在外层空间法的各项渊源中，国际条约是最主要的渊源。外层空间法主要是通过国际条约和其他国际法律文件发展起来的。

规定和反映适用于外层空间领域的国际法原则、规则和制度的国际条约和国际法律文件主要有：(1) 1963年《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》(以下简称"1963年外空原则宣言")；(2) 1967年《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》(以下简称"1967年外层空间条约")①；(3) 1968年《营救宇宙航行员、送回宇宙航行员和归还射入外层空间的物体的协定》(以下简称"1968年营救协定")②；(4) 1972年《空间物体造成损害的国际责任公约》(以下简称"1972年国际责任公约")③；(5) 1975年《关于登记射入外层空间物体的公约》(以下简称"1975年登记公约")④；(6) 1979年《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》(以下简称"1979年月球协定")。⑤

二、外层空间的法律地位

(一) 有关外层空间法律地位的原则规定

1961年，联合国大会一致通过的1721号决议，提出了有关外层空间法律地位的原则：外层空间和天体供一切国家按照国际法自由探测和利用，外层空间和

---

① 该公约于1967年10月10日生效。
② 该公约于1968年12月3日生效。
③ 该公约于1972年9月1日生效。
④ 该公约于1976年9月15日生效。
⑤ 该公约于1984年7月11日生效。

天体不得由任何国家据为己有。1963 年，联合国大会一致通过的《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》，重申了有关外层空间法律地位的原则：各国都可在平等的基础上，根据国际法自由探索和利用外层空间及天体；外层空间和天体绝不能通过主权要求、使用或占领或其他任何方法，据为一国所有。1967 年外层空间条约以条约的形式确立了有关外层空间法律地位的原则：所有国家可在平等、不受歧视的基础上，根据国际法自由探索和利用外层空间（包括月球和其他天体），自由进入天体的一切区域；各国不得通过主权要求、使用或占领等方法，以及其他任何措施，把外层空间（包括月球和其他天体）据为己有。

由此可见，外层空间的法律地位与空气空间的法律地位有着明显的区别：地面国对其领土之上的空气空间具有完全和排他的主权；外层空间不属于任何国家所有，地面国不得将其主权扩大到外层空间。

（二）外层空间与空气空间的界限

关于空间划界的理论可分为两大类：

1. 空间论。空间论是以空间的一定高度为标准区分空气空间与外层空间。在空间论中，主要有下列主张：（1）以航空器向上飞行的最高限度为界，即离地面 30 公里至 40 公里。（2）以有空气存在的大气层的高度为界。由于空间中空气的“有”“无”是个相对的概念，因此，对有空气存在的大气层的高度有不同的认识。（3）以人造卫星轨道的最低地点为界，一般认为这一高度为离地面 100 公里至1 100公里。（4）以地面国有效控制能达到的高度为界。

2. 功能论。功能论主张以飞行器的功能来确定其所适用的法律。功能论认为空间是一个整体，没有必要明确划分外层空间与空气间的界限，而应根据空间活动的性质和形式划定界限。进行航空活动的航空器适用于航空法，进行航天活动的航天器适用于外层空间法。

由于各国对划界问题分歧很大，空气空间和外层空间的界限问题至今没有解决。

三、外层空间法的主要原则

1963 年外空原则宣言提出了适用于外空领域的九项原则，1967 年外层空间条约在此基础上，以条约的形式确立了有关外层空间活动的基本原则：

1. 为所有国家谋福利和利益原则。根据该条约的规定，探索和利用外层空间（包括月球和其他天体），应为所有国家谋福利和利益，而不论其经济或科学

发展程度如何，并应为全人类的开发范围。

2. 自由探索利用和遵守国际法原则。所有国家可在平等、不受任何歧视的基础上，根据国际法自由探索和利用外层空间，自由进入天体一切区域。各缔约国在进行和探索利用外层空间的各种活动方面，应遵守国际法和联合国宪章。

3. 不得将外空据为己有原则。各国不得通过主权要求、使用或占领等方法，以及其他任何措施，把外层空间据为己有。

4. 和平利用外空原则。各缔约国保证不在绕地球轨道放置任何携带核武器或任何其他类型大规模毁灭性武器的实体，不在天体配置这种武器，也不以任何其他方式在外层空间部署此种武器。各缔约国必须把月球和其他天体绝对用于和平目的。禁止在天体建立军事基地、设施和工事，禁止在天体上试验任何类型的武器以及进行军事演习。

5. 国际合作原则。各国在探索和利用外层空间时遵守合作和互助的原则。各国在外层空间所进行的一切活动，应妥善照顾其他国家的同等利益。如果一国认为另一国在外层空间的活动或实验可能危害和平探索、利用外层空间，应要求就这种活动或实验进行磋商。

6. 国际责任原则。各国对其（不论是政府部门，还是非政府的团体组织）在外层空间所从事的活动，要承担国际责任。空间物体的发射国，以及为发射物体提供领土或设备的国家，对于该物体及其组成部分在地球、空间对另一国家或其自然人或法人造成的损害，应负国际责任。

7. 援救宇航员原则。各缔约国应把宇航员视为人类派往外层空间的使者。在宇航员发生意外、遇难，或在另一缔约国境内、公海紧急降落的情况下，各缔约国应向他们提供一切可能的援助。

8. 对空间物体的管辖权和所有权原则。空间物体登记国对射入外层空间的实体及所载人员保持管辖权和控制权。射入外层空间的实体，不论居于何地，其所有权不受影响。

由于外层空间条约以条约的形式构建了国际外层空间法的基本框架，规定和反映了各国从事外层空间活动应遵循的基本原则和规则，被国际社会誉为“外空宪章”。中国于 1983 年 12 月 8 日加入该条约。

四、外层空间法的主要制度

（一）营救制度

根据 1967 年外层空间条约和 1968 年营救协定所确立的援救制度，其内容主

要包括：

1. 通知发射当局和联合国秘书长。各国获悉或发现宇航员在其管辖的区域、公海，在不属于任何国家管辖的其他任何地方，发生意外，处于灾难状态，进行紧急或非预定的降落时，应立即通知发射当局和联合国秘书长。各国获悉或发现空间实体或其组成部分返回地球，并落在它所管辖的范围内、公海，或不属于任何国家管辖的任何其他地方时，应通知发射当局和联合国秘书长。

2. 采取措施营救、帮助和寻找宇航员。宇航员如因意外事故、遇难、紧急的或非预定的降落在一国管辖的区域内着陆，该国应立即采取一切可能的措施营救宇航员并给他们一切必要的帮助。如获悉或发现宇航员在公海或在不属于任何国家管辖的其他任何地方降落，必要时力所能及的国家，应协助寻找和营救这些人员。

3. 将宇航员安全交还给发射国。宇航员如因意外事故、遇难或紧急的或非预定的降落，在任一缔约国管辖的区域内着陆，或在公海、不属于任何国家管辖的其他任何地方被发现，他们的安全应予保证并立即交还给发射国。

4. 保护和归还空间物体。各国应采取切实可行的措施，保护在其管辖区域内发现的空间实体或其组成部分。发现空间实体的国家应在发射当局的要求下，将空间实体归还给该发射当局的代表。履行保护和归还空间实体或其组成部分义务所花费的费用，应由发射当局支付。

（二）责任制度

根据 1967 年外层空间条约和 1972 年国际责任公约所确立的责任制度，其内容主要包括：

1. 绝对责任。发射国对于其空间实体在地球表面，或给飞行中的飞机造成损害，应负有赔偿的绝对责任。

2. 过失责任。发射国的空间实体在地球表面以外的其他地方，对另一发射国的空间实体，或其所载人员或财产造成损害时，如果损害是由于发射国或其负责人的过失造成的，发射国对损害应承担责任。

3. 共同责任和分摊责任。两个或两个以上的共同发射国在赔偿损害后，有权向共同参加发射的其他国家要求补偿。参加共同发射的国家应缔结协定，据所负的共同及个别责任分摊财政义务。从其领土或设施上发射空间实体的国家，应视为参加共同发射的国家。

4. 要求赔偿的主体、程序、期限和数额。遭受损害的国家，或遭受损害的

任一国家的自然人或法人，可向发射国提出损害赔偿的要求。损害赔偿的要求，应通过外交途径提出。要求赔偿国若与发射国无外交关系，可请另一国代表向发射国提出赔偿要求。损害赔偿的要求，须于损害发生之日起，或判明应负责任的发射国之日起1年内向发射国提出。发射国负责偿付的赔偿额，应按国际法及公正、合理的原则来确定，以使对损害所作的赔偿，能保证提出赔偿要求的自然或法人、国家或国际组织把损害恢复到未发生前的原有状态。

5. 要求赔偿委员会。如果请求国向发射国提出要求赔偿文件之日起1年内，通过外交谈判未能解决赔偿要求，经任何一方请求，应成立要求赔偿委员会。要求赔偿委员会应由3人组成：一人由要求赔偿国指派，一人由发射国指派，第三人由双方共同指派，并担任主席。要求赔偿委员会应决定赔偿的要求是否成立，在需要赔偿的情况下，并确定应付赔偿的总额。

1978年，苏联发射的核动力卫星（宇宙954号）的残体落在加拿大境内并造成严重的核损害威胁，加拿大要求苏联赔偿600万美元，苏联政府实际支付的赔偿额是300万美元。

（三）登记制度

根据1967年外层空间条约和1975年登记公约所建立的登记制度，是一种强制性的登记制度，即强制性地登记射入外层空间物体的制度。1975年登记公约指出，这种制度将特别可以帮助辨认射入外层空间的物体，并有助于管理探索和利用外层空间的国际法的履行和发展。其内容主要包括：

1. 发射国在本国对发射物体的登记。发射国在发射一个外空物体进入或越出地球轨道时，应以登入其所须保持的适当登记册的方式登记该外空物体。如一个外空物体有两个以上发射国，各该国应共同决定由其中的哪一国登记该外空物体。每一登记册的内容项目和保持登记册的条件应由有关的登记国决定。

2. 联合国秘书长保持射入空间物体总登记册。1975年登记公约在强制的基础上设置一个由联合国秘书长保持的射入外层空间物体总登记册，记录各登记国提供的情报。这份总登记册所载情报应充分公开，听任查阅。

3. 登记国向联合国秘书长提供应登记的情报。每一登记国应在切实可行的范围内尽速向联合国秘书长供给有关登入其登记册的每一外空物体的下列情报：（1）发射国或多数发射国的国名；（2）外空物体的适当标志或其登记号码；（3）发射的日期和地域或地点；（4）基本的轨道参数，包括交点周期、倾斜角、远地点以及近地点等；（5）外空物体的一般功能。

（四）月球开发制度

根据 1967 年外层空间条约和 1979 年月球协定所确立的月球开发制度，其内容主要包括：

1. 月球及其资源为全体人类的共同财产。月球不得由国家依据主权要求，通过利用或占领，或以任何其他方法据为己有。

2. 在平等基础上按照国际法进行月球上的一切活动。各国有权在平等基础上按照国际法的规定探索和利用月球。月球上的一切活动，应按照国际法，尤其是《联合国宪章》的规定进行。所有国家应遵循合作和互助原则从事一切探索和利用月球的活动。

3. 月球的探索和利用应为一切国家谋福利。月球的探索和利用应是全体人类的事情并应为一切国家谋福利，不问它们的经济或科学发展程度如何。月球上的一切活动，应顾及维持国际和平与安全以及相互谅解的利益，并适当顾及所有其他国家的相应利益。

4. 为和平目的利用月球。月球应供全体国家专为和平目的而加以利用。禁止在月球上使用武力或以武力相威胁。禁止在月球上建立军事基地、军事装置及防御工事，试验任何类型的武器及举行军事演习。

5. 采取措施防止环境遭到破坏。月球的探索和利用应充分注意今世与后代人类的利益。各国在探索和利用月球时，应采取措施，防止月球环境的现有平衡遭到破坏。各国也应采取措施防止地球环境由于引入地球外物资或由于其他方式而受到有害影响。

6. 国际开发制度。在月球自然资源的开发即将可行时，建立指导此种开发的国际制度。国际开发制度的主要宗旨为：（1）有秩序地和安全地开发月球的自然资源；（2）对这些资源作合理的管理；（3）扩大使用这些资源的机会；（4）所有缔约国应公平分享这些资源所带来的惠益，并应对发展中国家的利益和需要以及各个直接或间接对探索月球作出贡献的国家，给予特别的照顾。

五、外层空间活动的其他法律问题

（一）卫星直接电视广播

卫星直接电视广播，是指通过地球静止轨道上的卫星，播放电视节目。自 1965 年美国发射“国际通信卫星一号”后，卫星直接电视广播的法律问题逐渐引起国际社会的关注。其涉及的法律问题包括：播出国是否有对他国“自由播放”电视节目的权利，播出国在未经过地面接收国“事先同意”的情况下播出电

视节目，是否构成对接受国主权的侵犯。关于卫星直接电视广播问题，至今未能以条约的形式确立其法律制度。1982 年联合国大会通过了《各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则》的决议，该决议所规定的原则主要包括：

利用卫星进行国际直接电视广播不得侵犯各国主权，包括不得违反不干涉原则，并不得侵犯人人有寻求、接受和传递信息和思想的权利；卫星直接电视广播活动应遵守国际法；各国在利用卫星进行国际直接电视广播方面权利一律平等，并有权享受这种活动带来的利益；进行卫星直接电视广播应以国际合作为基础；广播国与收视国应进行协商；各国应对卫星进行直接电视广播活动承担国际责任。

（二）卫星遥感地球问题

卫星遥感地球，一般以整个地球为对象，会涉及许多国家。根据 1986 年联合国大会决议的说明，“遥感”是指为管理资源、利用土地和保护环境，利用发射到勘查对象上的电波的回折或反射特性，从外层空间勘查地球表面。“遥感活动”是指对原始数据的收集、处理或分析所获得的数据，以及散发各种卫星数据和资料的活动。有关卫星遥感的法律问题包括：遥感国是否有权在外层空间对他国领土进行遥感活动，是否有权自由处理遥感所获得的信息，遥感国在未取得受感国事先同意的情况下从事遥感活动是否构成对受感国主权的侵犯。发展中国家强调领土国的权利，认为遥感应取得地面国的“事先同意”，发达国家强调自由利用外层空间原则，认为遥感不应取得地面国的事先同意。与卫星直接电视广播类似，关于卫星遥感地球问题，至今未能以条约的形式确立法律制度。1986 年联合国大会通过了《关于从外层空间遥感地球的原则》的决议，该决议所确立的原则主要包括：

遥感活动应为所有国家谋福利和利益，并应特别考虑到发展中国家的需要；遥感活动应遵守国际法，不得损害被感国家的合法权利和利益；进行遥感活动的国家应促进遥感活动方面的国际合作，提供技术援助；遥感应促进地球自然资源的保护和保护人类免受自然灾害侵袭；被感国在不歧视的基础上依照合理费用可取得其管辖下领土的原始数据和经处理过的数据；遥感国应对其活动承担国际责任。

（三）外层空间使用核动力源

外空使用核动力源是一项尖端技术，其目的是解决航天器对电能的需要。核

动力源由于体积小、寿命长，以及其他特性，越来越多地被用于在外层空间的某些任务，但同时也使国际社会面临在外层空间使用核动力源带来的新问题，其中最突出的问题是如何确保在外层空间安全使用核动力源。1978 年，苏联发射的核动力卫星（宇宙 954 号）的残体，包括 45 公斤的浓缩铀出人意料地在加拿大境内散落。这一事件促使国际社会在 1967 年外层空间条约的基础上，进一步确立规则和标准以确保在外层空间安全使用核动力源。

1992 年 12 月，联合国大会第 47 届会议审议了和平利用外层空间委员会第 35 届会议的工作报告，以及该委员会所核可并附在其报告的关于在外层空间使用核动力源的原则的案文，并通过了《关于在外层空间使用核动力源的原则》的决议。该决议共确立了 11 项原则，其主要内容包括：

在外层空间使用核动力源的活动应按照国际法进行；在外层空间使用核动力源应限于非核动力源无法合理执行的航天任务；发射国在发射前应确保进行彻底和全面的安全评价，这一评价应遵守关于安全使用的指导方针和标准；在载有核动力源的空间物体发生故障而产生放射性物质重返地球的危险时，发射国应及时通知有关国家和联合国秘书长；发射国和拥有空间监测、跟踪设施或有关技术能力的其他国家应进行合作，尽早通报载有核动力源的空间物体可能发生故障的有关情报，向受影响国家提供必要的协助；各国应对本国在外层空间涉及使用核动力源的活动承担国际责任和损害赔偿责任。

【课堂讨论案例】

1988 年 12 月，美国泛美航空公司 103 航班在苏格兰洛克比上空爆炸，这一危害国际航空安全的恐怖事件造成机上 259 人和地面 11 人丧生。1991 年 11 月，苏格兰检察总长控告两名利比亚人在飞机上放置炸弹，导致飞机坠毁，并要求利比亚将被控嫌犯交付英国或美国审判。英国和美国发表联合声明，要求利比亚政府必须：交出所有被控犯下此罪的被告受审。安理会于 1992 年通过了第 731（1992）号决议。决议敦促利比亚政府立即对上述要求作出充分和切实的答复，以期有助于根除恐怖主义。

1992 年 3 月，利比亚政府向法院书记官处提交诉讼请求书，就利比亚与英国和美国之间涉及 1971 年蒙特利尔公约的解释和适用的争端，对英国和美国提起诉讼。请求法院裁决并声明：（1）利比亚已充分履行《蒙特利尔公约》所规定的一切义务；（2）英国、美国已违反而且继续违反《蒙特利尔公约》第 5

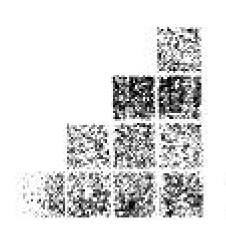
条第2款、第5条第3款、第7条、第8条第2款和第11条所规定的对利比亚的法律义务；（3）英国、美国有法律义务立即停止和终止这种违反行为，停止和终止对利比亚使用武力和威胁，并停止和终止对利比亚主权、领土和政治独立的侵犯。

请结合本章内容，思考下列问题：

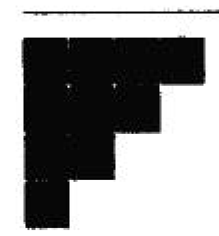
（1）利比亚和英国、美国作为联合国的会员国，是否必须依据《联合国宪章》第25条的规定接受并执行安理会依据联合国宪章作出的决定。

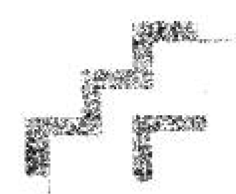
（2）根据《联合国宪章》第103条的规定，当事国在该方面的义务是否优先于任何其他国际协定的义务，包括依据《蒙特利尔公约》的义务。如何理解《联合国宪章》第103条的规定？





第九章
外交和领事关系法





第一节　外交关系法概述	一、外交与外交关系 二、外交关系法与《维也纳外交关系公约》
第二节　外交机关和外交人员	一、国内外交机关 二、外交代表机关 三、特别使团 四、外交团
第三节　外交特权与豁免	一、外交特权与豁免的根据 二、使馆的特权与豁免 三、使馆人员的特权与豁免



	四、特别使团及其人员的特权与豁免 五、外交代表机关及其人员对接受国的义务 六、中华人民共和国外交特权与豁免条例
第四节　领事关系法	一、领事关系法概述 二、领事关系的建立和领馆的设立 三、领事职务 四、领馆人员 五、领事特权与豁免 六、领馆及其人员对接受国的义务 七、中华人民共和国领事特权与豁免条例
第五节　保护外交人员安全的法律制度	一、概述 二、侵害应受国际保护人员罪的定义和特征 三、控制侵害应受国际保护人员罪的国际法机制

本章概要

外交关系法和领事关系法是国际法中两个具有密切联系的部门法，是适用于外交关系和领事关系的国际法原则、规则和制度的总称。1961

年《维也纳外交关系公约》和 1963 年《维也纳领事关系公约》是有关外交和领事关系法的两个最重要的国际法律文件。

关键术语

外交关系法　使馆的职务　外交特权与豁免　领事关系法　领事特权与豁免　外交代表　领事　应受国际保护人员

第一节　外交关系法概述

一、外交与外交关系

外交主要是指国家为实现其对外政策所进行的各种方式的对外交往活动。国家进行外交活动的主要方式有访问、谈判、缔结条约、派出常驻外交代表机构，以及参加国际会议和国际组织等。

外交关系主要是国家之间在外交活动中形成的一种关系。国际法意义上的外交关系，主要是指国家之间通过互访、谈判、缔结条约、互派常驻外交代表机构、参加国际会议和国际组织等方式进行交往所形成的关系。[1]

外交关系可分为：正式的外交关系、半外交关系、非正式外交关系。正式的外交关系，也称为正常的外交关系，以双方互派常驻使节为主要特征。半外交关系，也称为不完全的外交关系，以双方互派代办级外交使节为主要特征。非正式外交关系，其特征是两个没有正式建交的国家直接进行外交谈判，并互设某种联络机构保持相互接触。除上述属于官方性质的外交关系外，还有属于民间性质的国民外交关系，也称为民间外交关系，主要表现为非官方的个人或团体相互进行友好访问、接触，就国际问题或两国关系发表共同声明，或就具体事务签订民间协定。国民外交关系虽不属于外交关系法中的外交关系，但对于促进国家间正式外交关系的建立和发展具有重要意义。

---

① 从国际法的发展来看，国际组织的对外关系以及对外关系法律制度是国际法上的外交关系和外交关系法的一个重要领域。但本章主要论述以国家为基本主体的外交关系和外交关系法。



二、外交关系法与《维也纳外交关系公约》

外交关系法是指适用于外交关系领域的国际法原则、规则和制度的总称。内容主要包括：外交代表机关的派遣和接受；外交代表机关的职务；外交代表机关和外交人员的特权与豁免；外交代表机构与接受国或接受国际组织之间的关系等。

外交关系法是适应国家进行外交活动的需要而产生和发展的。传统的外交关系主要是国家之间的外交关系。因此，传统的外交关系法主要是有关国家之间外交关系的国际法原则、规则和制度。随着外交关系的发展，现代外交关系法除了调整国家之间外交关系的国际法原则、规则和制度外，还包括调整国家和国际组织之间的外交关系，以及国际组织之间的外交关系的原则、规则和制度。

外交关系法的历史源远流长，传统外交关系法的渊源主要是国际习惯。属于外交关系法领域的国际条约屈指可数，如 1815 年《维也纳议定书》、1818 年《亚琛议定书》和 1928 年《哈瓦那外交官公约》。第二次世界大战后，一系列适用于外交关系领域的国际条约相继签订和生效，外交关系法的编纂也取得了显著进展。在此领域主要的国际条约包括：1961 年《维也纳外交关系公约》、1969 年《特别使团公约》、1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、1975 年《维也纳关于国家在其对国际组织关系上的代表权公约》。

1961 年 4 月 18 日签订的《维也纳外交关系公约》全面规定了适用于国家之间外交关系的原则、规则和制度。[①] 该公约共计 53 条，分别对国家之间外交关系的建立、使馆的职务、使馆馆长的派遣和接受、使馆馆长的等级、使馆和外交代表的特权和豁免、享有外交特权和豁免的人员对接受国的义务等问题，予以明确规定。中国于 1975 年 11 月 25 日加入该公约，但对该公约第 14 条、第 16 条以及第 37 条第 2、3、4 款的规定作了保留，1980 年 9 月 15 日撤销对第 37 条第 2、3、4 款的保留。

① 该公约于 1964 年 4 月 24 日生效。

第二节 外交机关和外交人员

国家之间通常通过外交机关和外交代表进行外交活动，建立和发展外交关系。一国用于与他国和其他国际法主体进行外交活动的各种机关，都属于国家的外交机关。外交机关可分为国内外交机关和外交代表机关。国内外交机关是位于国内的外交机关，外交代表机关是驻外的外交机关。

一、国内外交机关

国内外交机关包括：国家元首、政府和外交部门。这些机关根据本国宪法和法律规定，在对外关系方面各有自己的职权范围，在国际法上都可代表本国进行外交活动。

(一) 国家元首

国家元首是国家在对外关系上的最高机关和最高代表。国家元首可以是个人，也可以是集体。个人国家元首，如美国和法国的总统，英国的女王。集体国家元首，如瑞士的联邦委员会。国家元首在对外关系上的职权由本国宪法规定。国家元首在对外关系方面的职权主要包括：派遣和接受外交代表、批准和废除条约、宣战和议和、参加国际会议等。

中国的国家元首是中华人民共和国主席。根据中国宪法的规定，中华人民共和国主席代表中华人民共和国，接受外国使节；根据全国人民代表大会常务委员会的决定，派遣和召回驻外全权代表，批准、废除同外国缔结的条约和重要协定；根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，宣布战争状态等。

根据国际法，一国元首在外国时享有全部外交特权和豁免。

(二) 政府

政府是国家的最高行政机关，也是国家对外关系的领导机关。关于政府的名称各国并不一致，有的称为内阁，有的称为部长会议，中国称为国务院。政府首

脑也相应称为内阁首相、部长会议主席和国务院总理。

政府和政府首脑在对外关系方面的职权，由本国宪法和有关法律予以规定。政府在对外关系方面的职权主要包括：领导外交工作，管理对外事务；签发外交代表的全权证书，任免外交人员；同外国政府进行谈判；参加国际会议；签订条约；同外国首脑发表共同宣言等。政府首脑在进行谈判、参加国际会议等外交活动中无须出示全权证书。

中国国务院是中华人民共和国的中央人民政府。根据中国宪法和《国务院组织法》的规定，国务院在对外关系方面的职权主要包括：统一领导各部和各委员会的工作，包括外交部的工作；管理对外事务，同外国缔结条约和协定；任免外交部副部长、驻外使馆的参赞、驻外总领事等外交人员；核准某些协定和议定书等。

根据国际法，政府首脑在外国时享有全部外交特权与豁免。

（三）外交部门

外交部门是政府中主管国家对外事务、执行国家对外政策和处理日常外交事务的专门机关。对于外交部门，多数国家称为外交部，也有国家使用不同的名称，如美国称为国务院，英国称为外交与联邦事务部。

外交部门在对外关系方面的职权主要包括：领导和监督驻外代表机关及其活动；与外国使馆、特别使团保持联系和进行谈判；保护本国及本国公民在国外的合法权益。本国政府及各部门同外国政府和外国使馆的联系，一般都通过外交部。

外交部门的首长一般称为外交部长，有的国家也称为国务卿、外交与联邦事务大臣。外交部门的首长（以下统称“外交部长”）的职权主要包括：领导外交部；贯彻国家的对外政策和处理日常事务；同外国政府谈判、签订条约和参加国际会议。外交部长在进行谈判、参加国际会议等外交活动中无须出示或提交全权证书。外交部长在外国时，享有全部外交特权与豁免。

二、外交代表机关

一国派驻外国的外交代表机关，通常为常驻的外交代表机关。使馆是一国派驻外国的常设代表机关。在传统外交法中，常设代表机关仅指一国派驻外国的使馆。在现代外交法中，常设代表机关还包括国家向国际组织派遣的常驻使团。

各国之间互派外交使节的历史源远流长。在15世纪的欧洲，出现了常设外交代表机关的使馆，并逐渐形成为各国普遍接受的制度。中国接受外交代表机关

始于1858年中英《天津条约》的规定，接受英国外交使节常驻京城。1877年，中国在伦敦设立公使馆。此后，中国相继在其他国家派驻常设外交代表机关。

（一）外交关系和使馆的建立

国家之间建立外交关系和互设使馆，必须经过双方的协议。这是一项公认的原则。1961年《维也纳外交关系公约》重申了这一原则，该公约第2条规定："国与国间外交关系及常设使馆之建立，以协议为之。"至于协议的具体方式，由有关国家决定，可以采用缔结条约的方式，也可以采用换文或联合声明的方式。

一国同哪些国家、按照什么条件建立外交关系和互设使馆，属于一国主权范围内自由决定的事项。为了维护国家主权和领土完整，中国坚持以承认中华人民共和国政府为中国唯一合法政府，台湾是中国领土的不可分割部分为建交条件，同外国谈判建立外交关系和互设使馆。

（二）使馆的职务

1961年《维也纳外交关系公约》第3条将使馆的主要职务概括为下列五项：（1）在接受国中代表派遣国。（2）于国际法许可之限度内，在接受国中保护派遣国及其国民之利益。（3）与接受国政府办理交涉。（4）以一切合法手段调查接受国之状况及发展情形，向派遣国政府报告。（5）促进派遣国与接受国间之友好关系，以及发展两国间之经济、文化与科学关系。

此外，使馆还可以担负国际法所许可和接受国同意的其他职务，例如执行领事职务，受托保护第三国及其国民的利益等。

（三）使馆人员的类别

根据1961年《维也纳外交关系公约》的规定，使馆人员由使馆长和使馆职员组成：（1）使馆馆长，指派遣国责成担任此项职位之人。（2）外交职员，指具有外交官职位的使馆职员，包括参赞、武官、秘书和专员等。使馆馆长和外交职员统称为"外交代表"。（3）行政和技术职员，指承办使馆行政和技术事务的使馆职员，如译员、会计、打字员等。（4）事务职员，指为使馆服务的使馆职员，如司机、厨师、传递员、信使等。

此外，使馆馆长和外交职员还可雇用（而非为派遣国雇用）"私人仆役"。

（四）使馆馆长的等级

1961年《维也纳外交关系公约》第14条将使馆馆长分为如下三级：（1）向

国家元首派遣之大使或教廷大使，以及其他同等级位之使馆馆长。(2) 向国家元首派遣之使节、公使或教廷公使。(3) 向外交部长派遣之代办。

中国在加入1961年《维也纳外交关系公约》时，对该条关于教廷使节的规定加以保留。以大使、公使或代办为首长的驻外代表机关，相应地称为大使馆、公使馆和代办处。代办与临时代办不同。代办是一级馆长，临时代办是在馆长职位空缺或不能执行职位时，被委派暂代行使馆长职务的使馆外交职员。

国家之间交换什么等级的使馆馆长，应由有关国家商定。历史上曾经只有大国才能互派大使。第二次世界大战后，绝大多数国家都互派大使级馆长。一般说来，当两国关系存在某些问题时才互派代办。例如，鉴于英国和荷兰曾与我国台湾地区保持领事关系并阻挠恢复中国在联合国的合法权益，中国与英国、荷兰仅互换代办。1972年英、荷两国政府改变态度后，中国与英国和荷兰分别达成协议，将代办升格为大使。1981年，由于荷兰政府批准向我国台湾地区出售海军潜艇的行为违反了1972年中荷两国使馆升格公报的原则，经中方要求并通过谈判决定，中荷两国的大使馆降为代办处。在1983年2月荷兰政府拒绝我国台湾地区再次提出的售潜艇的要求后，中荷两国政府协商决定，自1984年2月起，恢复双方的大使级关系。

根据1961年《维也纳外交关系公约》规定，除关于优先地位及礼仪之事项外，各使馆馆长不应因其所属等级而有任何差别。

(五) 使馆人员的派遣和接受

根据国家主权原则，派遣国有权自主决定其派驻国外的使馆人员，接受国也有权拒绝接受其认为不能接受的人。由于使馆人员，特别是使馆馆长的派遣，对于派遣国与接受国之间的关系有重要的影响。因此，1961年《维也纳外交关系公约》对使馆人员的派遣和接受的问题作了原则性规定。

1. 使馆馆长的选派。派遣国所任命的使馆馆长必须事先征求接受国同意，在接受国明确表示同意接受以后，派遣国才正式任命派遣。1961年《维也纳外交关系公约》第4条规定："一、派遣国对于拟派驻接受国之使馆馆长人选务须查明其确已获得接受国之同意。二、接受国无须向派遣国说明不予同意之理由。"上述规定表明接受国有权拒绝派遣国提出的人选，而且无须说明拒绝同意的理由。

2. 使馆职员的选派。对于陆、海、空军武官的派遣，接受国有权要求派遣国先行提名，以决定是否同意接受。其他使馆职员，原则上由派遣国自由选派，

无须事先征求接受国的同意。但委派具有接受国国籍的人为使馆外交职员，应事先征求接受国同意。[①]

3. 不受欢迎或不能接受的人员。1961 年《维也纳外交关系公约》第 9 条明确规定，接受国得随时不加解释地通知派遣国，宣告使馆馆长或使馆任何外交职员为不受欢迎人员或使馆任何其他职员为不能接受。遇此情形，派遣国应斟酌情况召回该员或终止其在使馆中之职务。任何人员得于其到达接受国国境前，被宣告为不受欢迎或不能接受人员。

根据 1961 年《维也纳外交关系公约》的规定，接受国可以对已在派遣国的使馆人员或已任命尚未到任的使馆人员，随时不加解释宣告为不受欢迎或不能接受人员。

4. 派遣国书与委任书。使馆馆长到达接受国后，一般应立即拜会接受国外交部长，商定递交派遣国书或委任书。派遣国书是派遣国国家元首致接受国国家元首用以证明大使或公使身份的正式文件。派遣国书由派遣国元首签署，外交部长副署，由大使或公使向接受国元首递交。委任书由派遣国外交部长签署，由代办向接受国外交部长递交。1961 年《维也纳外交关系公约》规定，使馆馆长在呈递国书后，或在向接受国外交部或另经商定之其他部通知到达并将所奉国书正式副本送交后，即视为已在接受国内开始执行职务。

（六）使馆人员职务的终止

根据 1961 年《维也纳外交关系公约》有关规定和国际实践，使馆人员职务可因下述情况而终止：

1. 任期届满。使馆人员任期届满，其职务即告终止，除非延长任期。

2. 派遣国召回。使馆人员由于调职、辞职和其他原因被派遣国召回，其职务即终止。

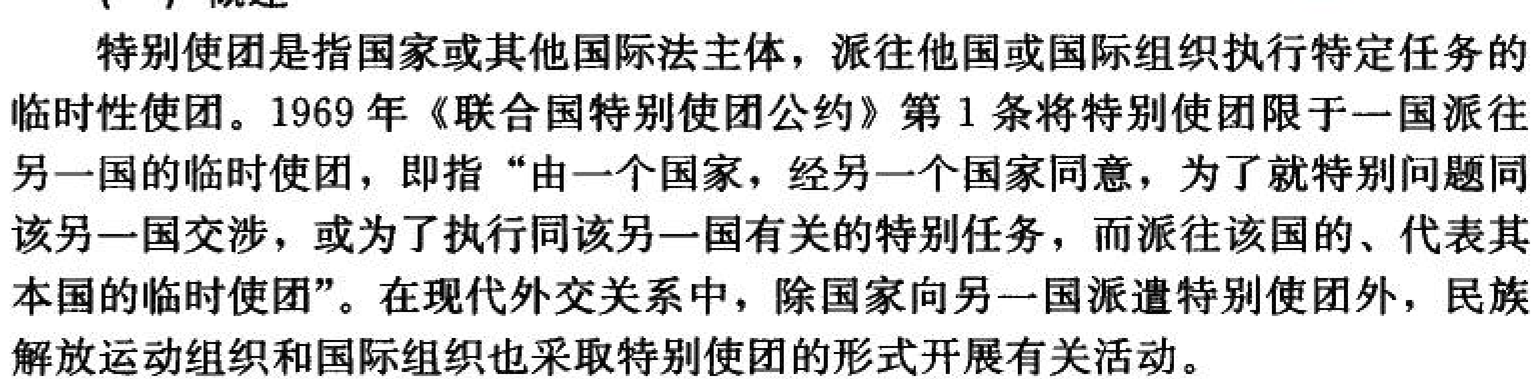
3. 接受国要求召回。使馆人员因某种原因被接受国宣布为不受欢迎或不能接受人员，其职务即终止。

4. 派遣国与接受国外交关系断绝。两国一旦断交，其直接后果之一就是各自关闭使馆，使馆人员职务即终止。

5. 派遣国或接受国发生革命，产生新政府。例如 1949 年 10 月 1 日中华人民共和国成立，所有原来驻华使馆人员的职务即终止。

---

① 参见 1961 年《维也纳外交关系公约》第 7 条和第 8 条。



三、特别使团

（一）概述

特别使团是指国家或其他国际法主体，派往他国或国际组织执行特定任务的临时性使团。1969 年《联合国特别使团公约》第 1 条将特别使团限于一国派往另一国的临时使团，即指“由一个国家，经另一个国家同意，为了就特别问题同该另一国交涉，或为了执行同该另一国有关的特别任务，而派往该国的、代表其本国的临时使团”。在现代外交关系中，除国家向另一国派遣特别使团外，民族解放运动组织和国际组织也采取特别使团的形式开展有关活动。

尽管特别使团的出现比使馆早得多，但其制度远不如使馆制度完善。1969 年联合国大会通过的《特别使团公约》，是有关特别使团制度的主要国际公约，共计 55 条，对于特别使团的派遣、职能、组成、特权与豁免等问题作了专门规定。[①]

（二）特别使团的派遣和接受

特别使团的派遣应通过外交或其他途径，事先取得接受国的同意。1969 年《特别使团公约》第 2 条规定，一国在事先通过外交途径或者其他双方同意或共同接受的途径取得另一国同意后，可以向另一国派遣特别使团。该公约第 7 条规定，存在外交或领事关系并非派遣或接受特别使团的必要条件。派遣国在向接受国提供了关于特别使团的规模和组成，特别是它准备任命的人员的姓名和职务等一切必要的情况后，可以自行任命特别使团的成员。接受国考虑到本国的环境和条件以及特别使团的需要，如认为某一特别使团的规模不合理，它可以拒绝接受该特别使团。接受国也可以不加说明理由而拒绝接受任何一人充任特别使团成员。

（三）特别使团的组成和职能

在特别使团的组成方面，1969 年《特别使团公约》第 9 条规定，特别使团应由派遣国的一名或几名代表组成，派遣国可以从其中指定一人为团长。特别使团也可以包括外交人员、行政和技术人员在内。

在特别使团的职能方面，该公约第 2 条规定，特别使团的职能应由派遣国与接受国双方同意而予以决定。与 1961 年《维也纳外交关系公约》具体列举使馆的职务不同，1969 年《特别使团公约》没有具体列举特别使团的职务。特别使团是根据国家之间关系的特殊需要而临时派遣的，其任务只能通过有关当事方商

---

① 该公约于 1985 年 6 月 21 日生效。

定，国际法不可能预先作出具体规定。

（四）特别使团执行任务的开始和终止

根据 1969 年《特别使团公约》的规定，特别使团一经同接受国的外交部或者经商定的其他机构进行正式接触，即开始执行它的任务。特别使团执行任务的开始，应不决定于由派遣国常设外交使团来介绍特别使团，或者提交信任状或全权证书。

特别使团的任务在下列情况下应即终止：（1）经有关各国取得协议；（2）特别使团任务的完成；（3）为特别使团指定的期限届满，除非明确地予以延期；（4）派遣国发出通知说它正在结束或召回特别使团；（5）接受国发出通知说它认为特别使团已结束。

四、外交团

外交团一般指驻在一国首都的各外国使馆长和其他外交人员组成的团体。狭义的外交团仅限于使馆馆长，广义的外交团包括外交人员的家属。外交团团长由外交团中等级最高、递交国书最早的使馆馆长担任。在一些天主教国家，外交团长往往由教廷大使担任。1961 年《维也纳外交关系公约》第 16 条第 3 款指出，该条规定不妨碍接受国所采行关于教廷代表优先地位之任何办法。中国在加入该公约时，对上述条款作了保留。

外交团不是外交代表机关，不具有任何法律职能，主要是在外交礼仪方面发挥作用。例如，外交团团长代表外交团在接受国的庆典、宴会上致词。外交团团长可以应接受国政府的请求，向外交团成员转达一些意见，也可以向接受国政府转达外交团成员一些有关日常事务方面的请求。外交团的活动不得违反接受国的法律，不得干涉接受国的内政。

第三节　外交特权与豁免

一、外交特权与豁免的根据

外交特权与豁免，是指外交代表机关及其人员根据国际法或有关协议在接受

国所享有的特别权利和优惠待遇的总称。

为了使外交代表机关及其人员在接受国有效地执行职务，各国通常在互惠的基础上相互给予对方的外交代表机关及其有关人员一定的特别权利和优惠待遇。在各国实践的基础上，逐渐形成了有关外交特权与豁免的国际法原则、规则和制度。

有关外交特权与豁免的理论根据，国际法学界主要有以下三种学说：

1. 治外法权说。该学说认为，使馆虽然处于接受国领土上，但在法律上应被视为派遣国领土，使馆应视为派遣国领土的延伸。因此，使馆及其人员应不受接受国管辖。这种在历史上曾一度流行的学说，既不以事实为根据，也不符合各国在外交特权与豁免方面的实践，现已被摒弃。

2. 代表性说。该学说认为，外交代表机关及其人员之所以在接受国享有外交特权与豁免，是因为他们代表派遣国，是派遣国国家或国家元首的代表。根据相互平等的国家之间无管辖权的原则，接受国不应对派遣国的代表行使管辖权。

3. 职务需要说。该学说认为，外交特权与豁免的根据在于外交代表机关及其人员在接受国执行职务有此需要。外交代表机关及其人员只有在享有外交特权与豁免的情况下，才能不受当地的干扰和压力，自由地代表本国执行职务。

1961 年《维也纳外交关系公约》以条约的形式肯定了职务需要说和代表性说。该公约序言指出："确认此等特权与豁免之目的不在于给予个人以利益而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务。"该公约的上述规定已得到国际社会的普遍接受。

二、使馆的特权与豁免

根据 1961 年《维也纳外交关系公约》的规定，使馆的特权与豁免主要包括：

1. 使馆馆舍不得侵犯。使馆馆舍是指供使馆使用及供使馆长寓邸使用之建筑物或建筑物之各部分，以及其所附属之土地。使馆馆舍不得侵犯的内容包括：(1) 接受国官吏非经使馆馆长许可，不得进入使馆馆会。(2) 接受国负有特殊责任，采取一切适当步骤保护使馆馆舍免受侵入或损害，并防止一切扰乱使馆安宁或有损使馆尊严之情事。(3) 使馆馆舍及设备，以及馆舍内其他财产与使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行。

2. 使馆档案及文件不得侵犯。使馆档案及文件无论何时，亦不论位于何处，均属不得侵犯。

3. 通讯自由。接受国应允许使馆为一切公务目的的自由通讯，并予保护。使馆有权采用一切适当方法，包括外交信差及明密码电信在内，与派遣国政府及该

国其他使馆及领事馆通讯。但使馆非经接受国同意，不得装置并使用无线电发报机。使馆之来往公文不得侵犯。外交邮袋不得予以开拆或扣留。外交信差享有人身不得侵犯权，不受任何方式之逮捕或拘禁。

4. 行动及旅行自由。除接受国为国家安全设定禁止或限制进入区域另订法律规章外，接受国应确保所有使馆人员在其境内行动及旅行的自由。

5. 免纳捐税、关税。使馆所有或租赁之馆舍，免除缴纳国家、区域或地方性捐税，但为使馆提供特定服务所应付的费用，如清除垃圾费等，不在免除之列。使馆办理公务所收之规费及手续费免纳一切捐税。接受国应依本国制定之法律规章，准许使馆公务用品入境并免除一切关税。①

6. 使用国旗和国徽。使馆及其馆长有权在使馆馆会，以及在使馆馆长寓邸与交通工具上使用派遣国之国旗或国徽。

三、使馆人员的特权与豁免

（一）外交代表的特权与豁免

根据 1961 年《维也纳外交关系公约》的规定，外交代表的特权与豁免主要包括：

1. 人身不可侵犯。外交代表人身不得侵犯，不受任何方式之逮捕或拘禁。接受国对外交代表应特示尊重，并应采取一切适当措施以防止其人身、自由或尊严受到任何侵犯。

2. 寓所、文书、信件、财产不可侵犯。外交代表之私人寓所一如使馆馆舍，应享有同样之不得侵犯权及保护。外交代表之文书及信件不得侵犯。其财产除 1961 年《维也纳外交关系公约》第 31 条第 3 款另有规定外，亦不得侵犯。

3. 管辖的豁免。外交代表对接受国之刑事管辖享有豁免。除下述三类案件外，外交代表对接受国之民事及行政管辖亦享有豁免：（1）关于接受国境内私有不动产之物权诉讼，但其代表派遣国为使馆用途置有之不动产不在此列；（2）关于外交代表以私人身份并不代表派遣国而为遗嘱执行人、遗产管理人、继承人或受遗赠人之继承事件之诉讼；（3）关于外交代表于接受国内在公务范围以外所从事之专业或商务活动之诉讼。此外，外交代表如主动提起诉讼，即不得对与主诉直接相关之反诉主张管辖豁免。外交代表还没有以证人身份作证之义务。

外交代表对管辖之豁免可以由派遣国放弃，这种放弃必须明示。只有在派遣

---

① 参见 1961 年《维也纳外交关系公约》第 23 条、第 28 条和第 36 条。

国明示放弃管辖或外交代表主动提起诉讼的情况下，接受国才可以对外交代表行使管辖权。放弃民事或行政诉讼程序上的管辖豁免，不得视为对判决执行之豁免亦默示放弃，对判决执行豁免的放弃必须分别进行。

4. 免纳捐税。外交代表免纳一切对人或对物课征之国家、区域或地方性捐税。但下列各项，不在免征之列：通常计入商品或劳务价格内之间接税；对于接受国境内私有不动产课征之捐税；接受国课征之遗产税、遗产取得税或继承税；对在接受国内获得的私人所得以及商业投资课征的捐税。

5. 免除关税和行李免受查验。接受国应依本国制定之法律规章，准许外交代表的私人用品入境并免除一切关税。外交代表私人行李免受查验。但有重大理由推定其中装有不在免税之列的物品，或接受国法律禁止进出口或检疫条例加以管制的物品，接受国可在外交代表或其授权人在场的情况下检查。

6. 其他特权与豁免。外交代表免除适用接受国施行之社会保险办法，免除一切个人劳务及所有各种公共服务，免除关于征用、军事募捐及屯宿等军事义务。[①]

（二）使馆其他人员的特权与豁免

1961年《维也纳外交关系公约》还规定了外交代表的家属、使馆行政和技术职员、使馆事务职员所享有的特权与豁免。

1. 外交代表的家属。与外交代表构成同一户口的家属，如果不是接受国国民，应享有全部外交特权与豁免。各国一般认为，与外交代表构成同一户口的家属是指外交代表的配偶和未成年子女。我国1986年《中华人民共和国外交特权与豁免条例》第20条规定，与外交代表共同生活的配偶及未成年子女，如果不是中国公民，享有第12条至第18条所规定的特权与豁免。

2. 行政和技术职员及其家属。使馆行政和技术职员以及与其构成同一户口的家属，不是接受国国民且不在该国永久居留者，均享有与外交代表相同的特权与豁免。但其享有的特权与豁免有以下限制：（1）执行职务范围以外的行为不享有民事和行政管理豁免；（2）免纳关税仅限于最初安家时进口之物品；（3）行李不免除海关的查验。

3. 事务职员。使馆的事务职员如果不是接受国国民且不在该国永久居留者，就其执行公务之行为享有豁免，其受雇所得报酬免纳捐税，免于适用接受国施行的保险办法。

---

① 参见1961年《维也纳外交关系公约》第33条和第35条。

（三）外交特权与豁免的开始与终止

1. 外交特权与豁免的开始。享有外交特权与豁免的人员，自其进入接受国国境前往就任之时起享有此项特权与豁免，其已在该国境内者，自其委派通知外交部或另经商定之其他部之时开始享有。

2. 外交特权与豁免的终止。享有特权与豁免人员的职务如已终止，此项特权与豁免通常于该员离境之时或听任其离境之合理期间终了之时停止。即使有武装冲突情事，亦应继续有效至该时为止。对于以使馆人员资格执行职务的行为，豁免应始终允许。如使馆人员死亡，其家属应继续享有应享有的特权与豁免，至听任其离境之合理期间终了之时为止。

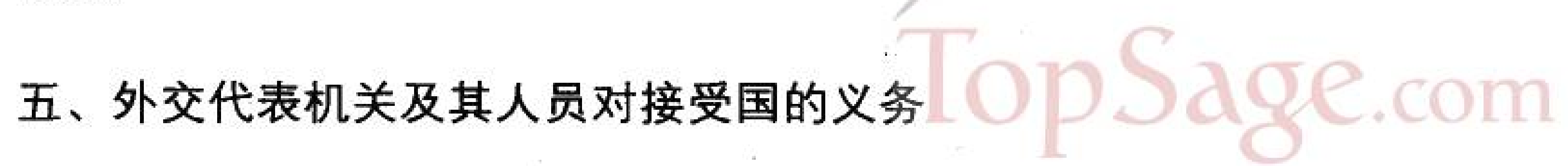
（四）使馆人员在第三国的地位

外交代表前往就任或返任或返回本国，途经第三国或在该国境内，而该国曾发给所需之护照签证时，第三国应给予不得侵犯权及确保其过境或返回所必需之其他豁免。享有外交特权或豁免的家属与外交代表同行时，或单独旅行前往会聚或返回本国时，也享有同样的不可侵犯权和其他豁免。对于行政和技术职员或事务职员及其家属，遇有上述类似情形，第三国不得阻碍其过境。

四、特别使团及其人员的特权与豁免

为了确保代表国家的特别使团能有效地执行职务，1969 年《特别使团公约》参照 1961 年《维也纳外交关系公约》，对特别使团及其人员享有的特权与豁免予以规定。特别使团及其人员享有的特权与豁免和使馆及其人员享有的特权与豁免大体相同，但在某些问题上，1969 年《特别使团公约》作了不同的规定。这主要表现在：（1）特别使团的房舍不可侵犯受如下限制：在发生火灾或其他严重危及公众安全的灾难的情况下，并且只有在不可能获得特别使团团长，或在适当情况下不可能获得常设外交使团团长的允许的情况下，即可以认为已经获得这项允许。（2）特别使团在交通工具上使用国旗和国徽的权利限于“用于公务”。（3）在民事和行政管辖豁免的例外方面，增加了一类诉讼，即“关于有关人员在公务范围之外由于使用车辆肇事造成损害的诉讼”。

由派遣国国家元首率领特别使团时，享有国际法赋予进行正式访问的国家元首的便利、特权与豁免。政府首脑、外交部长和其他高级人员参加特别使团时，除 1969 年《特别使团公约》所给予的外，还享有国际法赋予的便利、特权与



豁免。

五、外交代表机关及其人员对接受国的义务

外交代表机关及其人员在接受国享受外交特权与豁免的同时，应遵守国际法并应对接受国承担一定的义务。这些义务主要包括：

1. 尊重接受国法律规章。在不妨碍外交特权与豁免之情形下，凡享有外交特权与豁免的人员，均负有尊重接受国法律规章之义务。

2. 不干涉接受国的内政。享有外交特权与豁免的人员负有不干涉接受国内政之义务，必须遵守这一国际法基本原则。

3. 使馆馆舍不得用于与国际法所规定的使馆职务不相符合的用途。使馆馆舍不得用于与1969年《特别使团公约》或一般国际法之其他规则，或派遣国与接受国间有效之特别协定所规定的使馆职务不相符合的用途。将使馆馆舍用于与国际法所规定的使馆职务不相符合的用途，例如在使馆内庇护接受国政府所通缉的犯罪嫌疑人，属于滥用外交特权与豁免的行为。根据1969年《特别使团公约》的规定，使馆及其人员具有义务，将使馆馆舍仅用于与国际法所规定的使馆职务相符合的用途。

4. 外交代表不应在接受国内为私人利益从事任何专业或商务活动。

特别使团及其成员亦负有与使馆及其人员基本相同的对接受国的义务。

六、中华人民共和国外交特权与豁免条例

1986年9月5日，第六届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过了《中华人民共和国外交特权与豁免条例》。该条例的基本原则和主要内容与1961年《维也纳外交关系公约》的规定基本一致，但某些规定更加明确、具体，更适合中国的实际情况。

该条例规定，使馆外交人员原则上应当是具有派遣国国籍的人。如果委派中国或者第三国国籍人为使馆外交人员，必须征得中国主管机关的同意。中国主管机关可以随时撤销此项同意。使馆及其人员包括外交代表携运自用的枪支、子弹入境，必须经中国政府批准，并且按中国政府的有关规定办理。与外交代表和使馆行政技术人员享有同样特权与豁免的“同一户口之家属”，是指与其“共同生活的配偶及未成年子女”。对于外交代表享有民事和行政管辖豁免的例外，该条例仅将如下两类诉讼排除在外：（1）外交代表以私人身份进行的遗产继承的诉

讼；（2）外交代表在中国境内从事公务范围以外的职业或者商业活动的诉讼。来中国访问的国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身份的官员，享有该条例所规定的特权与豁免。来中国参加联合国及其专门机构召开国际会议的外国代表，临时来中国的联合国及其专门机构的官员和专家，联合国及其专门机构驻中国的代表机构和人员的待遇，按中国已加入的有关国际公约和中国与有关国际组织签订的协议办理。

该条例还以对等原则作为外国驻华使馆、使馆人员以及临时来华的有关人士享受该条例给予的外交特权与豁免的条件。此外，该条例还规定，中国参加或缔结的国际条约、中国与外国签订的协议对外交特权与豁免另有规定的，遵从条约或协议的规定。

在华享有外交特权与豁免的人员，对中国负有 1961 年《维也纳外交关系公约》所规定的那些义务。

第四节　领事关系法

一、领事关系法概述

（一）领事与领事关系

领事是一国根据与他国的协议，派驻他国一定地区执行领事职务的人员。领事关系一般指一国根据与他国达成的协议，相互在对方一定地区设立领事馆和执行领事职务所形成的国家间的关系。

领事关系与外交关系既有联系又有区别。其联系主要表现为：两者同属于国家对外关系的范畴，两国同意建立外交关系，也就包括同意建立领事关系；但断绝外交关系并不当然断绝领事关系。在两国尚未建立外交关系或尚未恢复外交关系的情况下，领事关系的存在有助于两国建立和恢复外交关系。领事与外交代表同属于外交人员组织系统，由外交部领导。外交代表可以同时执行领事职务。当两国无外交关系时，领事人员如获外交部特别授权，也可以兼办外交事务。

领事关系与外交关系的区别主要表现为：使馆全面代表派遣国，与接受国中央政府进行外交往来；而领馆通常就保护侨民、商业和航务等领事范围内的事务

与接受国地方当局进行交涉。使馆着重保护派遣国国家和国民的整体利益，活动范围是接受国全部领土；领馆着重保护派遣国国家和国民的具体利益，活动范围一般限于有关的领事区域。使馆与外交代表享有的外交特权与豁免略高于领馆与领事享有的领事特权与豁免。

（二）领事关系法与《维也纳领事关系公约》

领事关系法适应国家之间开展领事活动的需要而产生，随着领事关系的发展而发展。古希腊时期已有领事制度的萌芽。但作为国际法意义上的领事制度，主要产生于中世纪后期，是适应国际贸易的需要而形成的。当时一国在他国的商人为了保护他们在当地的利益，往往从他们之间推选出一人或数人作为领事，代表这些外国商人与地方当局交涉并解决商务纠纷。这种通过本国侨商自选的领事称为“商人领事”、“选任领事”或“仲裁领事”。到16世纪，领事逐渐改为由政府委派，称为“委任领事”。18世纪中期以后，随着资本主义的发展，领事制度得到了进一步的发展。与此同时，一些帝国主义国家通过不平等条约，将不平等的领事制度强加给亚洲一些国家，使领事制度成为帝国主义侵略和扩张的工具。

鸦片战争后，帝国主义国家通过一系列不平等条约，在中国攫取了严重侵犯中国主权的“领事裁判权”。所谓领事裁判权，是指一国领事根据不平等条约享有的按照其本国法律对其本国侨民行使司法管辖的片面特权。领事裁判权侵犯了领土国享有的“属地优越权”，严重违反了国际法“互相尊重国家主权”的基本原则。1949年新中国成立后，彻底废除了帝国主义国家在中国的一切特权。

上述违反国际法基本原则的不平等的领事关系和领事制度已成为历史。现代领事关系法是现代国际法的重要组成部分，以“互相尊重国家主权”、“不干涉他国内政”等国际法基本原则为基础。领事关系法的一个重要特点是存在着大量的关于领事关系的双边条约。1963年4月24日订于维也纳的《维也纳领事关系公约》全面地规定了适用于国家之间领事关系的原则、规则和制度。[①] 该公约共计79条，分别对国家之间领事关系的建立、领事职务、领馆馆长等级、领馆馆长的委派及承认、领馆馆员之委派、领馆和领馆人员特权与豁免、享有领事特权与豁免的人员对接受国的义务等问题予以明确规定。中国于1979年7月3日正式加入这一公约。

---

① 该公约于1967年3月19日生效。

二、领事关系的建立和领馆的设立

国与国之间领事关系的建立，以协议为之。除另有声明外，两国同意建立外交关系亦即同意建立领事关系。断绝外交关系并不当然断绝领事关系。《维也纳领事关系公约》所称的"领馆"指任何总领馆、领事馆、副领馆或领事代理处。领馆的设立地点、领馆类别及辖区由派遣国决定，但须经接受国同意。领馆之设立地点、领馆类别及辖区确定后，派遣国须经接受国同意始得变更之。总领事馆或领事馆如欲在本身所在地以外之地点设立副领事馆或领事代办，亦须经接受国同意。在原设领馆所在地以外开设办事处作为该领馆之一部分，亦须事先征得接受国之明示同意。

三、领事职务

《维也纳领事关系公约》第 5 条所列举的领事职务多达 13 项，主要包括：(1) 在国际法许可的限度内，在接受国内保护派遣国及其国民的利益。(2) 增进派遣国与接受国间之商业、经济、文化及科学关系的发展，并在其他方面促进两国间的友好关系。(3) 以一切合法手段调查接受国内商业、经济、文化及科学活动之状况及发展情形，向派遣国政府报告，并向有关人士提供资料。(4) 向派遣国国民发给护照及旅行证件，并向拟赴派遣国旅行人士发给签证或其他适当文件。(5) 帮助及协助派遣国国民。(6) 担任公证人、民事登记员及类似之职司，并办理若干行政性质之事务，但以接受国法律规章无禁止之规定为限。(7) 对具有派遣国国籍的船舶、在派遣国登记的航空器及其航行人员，行使派遣国法律规章所规定的监督及检查权，并对上述船舶、航空器及其航行人员给予协助。

除上述领事职务外，国际惯例承认领事还可以经第三国的委托和驻在国的同意，代为照顾和保护第三国的侨民，甚至代表第三国在接受国境内执行领事职务。例如 1986 年中意（大利）领事条约第 26 条规定："在通知接受国并在接受国不反对的情况下，派遣国领馆可在接受国为第三国执行领事职务。"

四、领馆人员

(一) 领馆人员的类别

根据《维也纳领事关系公约》的规定，领馆人员分为领事官员、领事雇员

及服务人员。领事官员指执行领事职务的人员，包括领馆馆长。领馆雇员指行政或技术人员。领事官员分为两类：职业领事官员与名誉领事官员。职业领事是派遣国任命的专职领事官员，一般为派遣国公民，由派遣国政府支付薪金。名誉领事是委派国从接受国当地人士中选任的兼职领事官员，不属于委派国国家工作人员的编制，一般也不领取委派国的薪金，通常从领馆收取的费用中提取报酬。是否委派或接受名誉领事，由各国自行决定。中国既不委派，也不接受名誉领事。

(二) 领馆馆长的等级

领馆馆长分为四级：总领事、领事、副领事和领事代理人。《维也纳领事关系公约》并不要求缔约国在实践中必须派遣或接受这四级馆长，各国可根据实际情况自主决定派遣或接受上述任一级别的馆长。

该公约的上述规定并不限制任何缔约国对馆长以外之领事官员设立衔名之权。在实践中，各国根据其国内法，可委派各种职衔的领事官员。中国目前委派的领事官员有总领事、领事、副领事和领事随员。

领馆馆长之优先位次，依发给领事证书的日期确定；如获领事证书之前经暂时准予执行职务，其优先位次依暂准执行职务的日期确定。领馆馆长除优先位次及礼仪外，不应因其所属等级而有差别。

(三) 领馆人员的委派与接受

领馆馆长由派遣国委派，并由接受国承认准予执行职务。《维也纳领事关系公约》和国际习惯法并不要求委派领馆馆长须事先征求接受国同意，但有些国家要求事先征求同意。在这种情况下，有关国家可以就事先同意事项达成协议。根据该公约的规定，领馆馆长必须经接受国以发给“领事证书”的形式给予准许，才能执行职务。对其他领事官员是否发给领事证书，由接受国决定。一国拒不发给领事证书，无须向派遣国说明理由。

领馆馆长以外的领馆人员，原则上由派遣国自由委派。但派遣国应在充分时间前将领馆馆长以外所有领事官员之全名、职类及等级通知接受国，以便接受国依其所愿，行使《维也纳领事关系公约》第5条规定的权利。委派具有接受国国籍之人为领事官员，须经接受国明示同意。

该公约第23条规定，接受国得随时通知派遣国，宣告某一领事官员为不受欢迎人员或任何其他领馆馆员为不能接受。遇此情事，派遣国应视情形召回该员或终止其在领馆中之职务。如果派遣国拒绝履行或不在相当期间内履行上述义

务，接受国得视情形撤销有关人员之领事证书或不复承认该员为领馆馆员。

（四）领馆人员职务的终止

领馆人员职务的终止情形主要包括：（1）派遣国通知接受国该人员的职务业已终止。（2）领事证书被撤销。（3）接受国通知派遣国，接受国不复承认该人员为领馆官员。（4）领事关系断绝或领馆关闭。

五、领事特权与豁免

领事特权与豁免，是指为了领馆及其人员在接受国能够有效地执行领事职务而由接受国给予的特别权利和优惠待遇。《维也纳领事关系公约》规定，领事特权与豁免的目的不在于给予个人以利益，而在于确保领事机关能代表本国有效地执行职务。

（一）领馆的特权与豁免

根据《维也纳领事关系公约》规定，领馆的特权与豁免主要包括：

1. 领馆馆舍不得侵犯。领馆馆舍于该公约规定的限度内不得侵犯。接受国官员非经领馆馆长或其指定人员或派遣国使馆馆长同意，不得进入领馆馆舍中专供领馆工作之用的部分。唯遇火灾或其他灾害须迅速采取保护行动时，得推定领馆馆长已表示同意。接受国负有特殊责任，采取一切适当步骤保护领馆馆舍免受侵入或侵害，并防止任何扰乱领馆安宁或有损领馆尊严之情事。领馆馆舍、馆舍设备以及领馆之财产与交通工具应免受为国防或公用目的而实施之任何方式征用。如为此等目的确有征用之必要时，应采取一切可能步骤以免领馆职务之执行受有妨碍，并应向派遣国作出迅速、充分及有效的赔偿。上述将不得进入的范围限于领馆馆舍办公处所以及推定同意的规定，以及给予符合该公约的赔偿为条件进行征用的规定与“使馆馆舍不得侵犯”的规定相比，说明领馆馆舍在一定限度内不得侵犯。

2. 领馆档案及文件不得侵犯。领馆档案及文件无论何时，亦不论位于何地，均属不得侵犯。

3. 通讯自由。接受国应准许领馆为一切公务目的的自由通讯，并予以保护。领馆与派遣国政府及无论处于何处之该国使馆及其他领馆通讯，得采用一切适当方法，包括外交或领馆信差，外交或领馆邮袋及明密码电信在内。但领馆须经接受国许可，始得装置及使用无线电发报机；领馆之来往公文不得侵犯；领馆邮袋

不得予以开拆或扣留。但如接受国主管当局有重大理由认为邮袋装有不在该公约所称公文文件及用品之列的物品时，得请派遣国授权代表一人在该当局前将邮袋开拆。如派遣国当局拒绝此项请求，邮袋应予退回至原发送地点；领馆信差享有人身不得侵犯权，不受任何形式之逮捕或拘禁。

4. 行动自由。除接受国为国家安全设定禁止或限制进入区域所订法律规章另有规定外，接受国应确保所有领馆人员在其境内行动及旅行之自由。

5. 与派遣国国民通讯和联络。为便于领馆执行其对派遣国国民之职务，领事官员得自由与派遣国国民通讯和会见；遇有领馆辖区有派遣国国民受逮捕、监禁或羁押候审或受任何其他方式拘禁之情事，经其本人请求时，接受国主管当局应迅即通知派遣国领馆。受逮捕、监禁、羁押或拘禁之人致领馆之信件亦应由该当局迅予递交。该当局应将此项权利迅即告知当事人。领事官员有权探访受监禁、羁押或拘禁之派遣国国民，与之交谈，并代聘法律代表。上述权利应遵照接受国法律规章行使，但此项法律规章务须使上述权利之目的得以充分实现。

6. 免纳捐税、关税。领馆馆舍及职业领馆馆长寓邸，其所有权人或承租人是派遣国或代表派遣国的人员的，概免缴纳国家、区域或地方性之一切捐税，但对提供的特定服务的收费不能免除。领馆公务用品准允入境，并免除一切关税。

7. 使用国旗和国徽。领馆所在的建筑物及其正门上，以及领馆馆长寓邸和在执行公务时所使用的交通工具上，可以悬挂派遣国国旗和展示国徽。

（二）领馆人员的特权与豁免

根据《维也纳领事关系公约》的规定，领事官员及其他领馆人员享有的特权与豁免主要包括：

1. 人身不得侵犯。接受国对于领事官员应表示适当尊重并应采取一切适当步骤以防其人身自由或尊严受任何侵犯。根据该公约第41条，只有当领事官员犯有严重罪行，依主管司法机关裁判，接受国才能予以逮捕或监禁或对其人身自由加以限制。如果对领事官员提起刑事诉讼，该官员须到管辖机关出庭。接受国在进行诉讼程序时，应顾及该官员所任职位并予以适当尊重。

2. 管辖豁免。领事官员及领馆雇员对其为执行领事职务而实施之行为，不受接受国司法或行政机关之管辖。但下列民事诉讼不能免除管辖：（1）因领事官员或领馆雇员并未明示或默示以派遣国代表身份而订契约所发生的诉讼；（2）第三者因车辆、船舶或航空器在接受国内所造成的意外事故而要求损害赔偿的诉讼。

3. 作证义务的免除。领馆人员就其执行职务所涉事项，无担任作证或提供

有关来往公文及文件之义务，并有权拒绝以鉴定人身份就派遣国之法律提供证言。除上述情形外，领馆人员得被请在司法或行政程序中到场作证，不得拒绝。如领事官员拒绝作证，不得对其施行强制措施或处罚。要求领事官员作证之机关应避免对其执行职务有所妨碍。于可能情形下得在其寓所或领馆录取证言，或接受其书面陈述。

4. 免除捐税、关税和免受查验。领事官员及领馆雇员以及与其构成同一户口的家属免纳一切对人或对物课征的国家、区域或地方性捐税，但间接税、遗产税等不在此列。领馆服务人员就其服务所得之工资，免纳捐税。

领事官员或与其构成同一户口的家属的私人用品，包括供其初到任定居之用的物品在内，免除关税。消费用品不得超过有关人员本人直接需要的数量。领馆雇员初到任时运入的物品，免纳关税。领事官员及与其构成同一户口的家属所携带的私人行李，免受查验。如有重大理由认为其中装有不在免税之列的物品或接受国法律规章禁止进出口或检疫法律规章管制的物品，接受国应在有关领事官员或其家属在场的情况下检查。

5. 其他特权与豁免。领事官员及领事雇员，以及与其构成同一户口的家属免除接受国法律规章就外侨登记和居留证所规定的一切义务；免除有关工作证的义务；免除适用社会保险办法；免除一切个人劳务及所有各种公共服务，并免除有关征用、军事捐献及屯宿等军事义务。

六、领馆及其人员对接受国的义务

《维也纳领事关系公约》第55条明确规定，在不妨碍领事特权与豁免的情形下，凡享有此项特权与豁免的人员均负有尊重接受国法律规章的义务。这些人员亦负有不得干涉接受国内政的义务。领馆馆舍不得充做任何与执行领事职务不相符合的用途。该公约第57条规定，职业领事官员不应在接受国内为私人利益从事任何专业或商业的活动。

七、中华人民共和国领事特权与豁免条例

1990年10月30日，第七届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过了《中华人民共和国领事特权与豁免条例》。该条例的主要内容与《维也纳领事关系公约》的规定基本一致，并在某些方面作了新规定或必要补充。这些规定与《中华人民共和国外交特权与豁免条例》的规定相类似。



第五节　保护外交人员安全的法律制度

一、概述

随着国际关系的发展，特别是国际组织的发展，国际组织的官员的保护问题逐渐成为国际法所关注的一个问题。一国派往国际组织的代表，或国际组织的官员要有效履行职务，其自身的安全和自由也必须得到保证。而通过国际刑法预防、禁止和惩治侵害这些需要特别保护的人员的犯罪，是维护正常国际关系和发展国家之间友好关系的重要措施和保证。

因此，从1937年以来，国际社会形成了一系列的国际法律文件，规定预防、禁止和惩治侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的国际刑法规则。其中，1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，比较系统、全面规定了预防、禁止与惩治侵害应受国际保护人员的罪行的国际刑法原则。[①] 1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》进一步补充了控制侵害应受国际保护人员的罪行的国际法规则。

二、侵害应受国际保护人员罪的定义和特征

（一）侵害应受国际保护人员罪的定义

根据《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》的规定，“侵害应受国际保护人员罪行”是指故意：（1）对应受国际保护人员进行谋杀、绑架，或其他侵害其人身或自由的行为；（2）对应受国际保护人员的公用馆舍、私人寓所或交通工具进行暴力攻击，因而可能危及其人身或自由；（3）威胁进行任何这类攻击；（4）企图进行任何这种攻击；（5）参与任何这类攻击。

（二）侵害应受国际保护人员罪的主要特征

1. 侵害应受国际保护人员罪是国际刑法所禁止的侵害应受国际保护人员的

---

① 该公约于1977年2月20日生效。

人身或自由的国际罪行。该罪所侵害的对象是应受国际保护人员。《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》规定，“应受国际保护人员”是指：(1) 一国元首，包括依关系国宪法行使国家元首职责的一个集体机构的任何成员，或政府首长或外交部长，当他在外国境内时，以及他的随行家属；(2) 在侵害其本人或其办公用馆舍、私人寓所或其交通工具的罪行发生的时间和地点，按照国际法应受特别保护，以免其人身、自由或尊严受到任何攻击的一国的任何代表或官员或政府间性质的国际组织的任何官员或其他代理人，以及与其构成同一户口的家属。

侵害应受国际保护人员罪侵害的是应受国际保护人员的人身或自由。

2. 侵害应受国际保护人员罪是一种故意犯罪，即行为人有意从事国际刑法所禁止的针对应受国际保护人员的犯罪行为。《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》规定，“侵害应受国际保护人员罪行”是故意对应受国际保护人员进行谋杀、绑架等侵害其人身或自由的行为。因此，如果行为人主观上不具备有意侵害应受国际保护人员的犯罪故意，虽然客观上造成应受国际保护人员人身或自由受侵害的事实，不构成国际刑法上的侵害应受国际保护人员罪。

3. 侵害应受国际保护人员罪是国际社会公认的严重国际犯罪，这类犯罪行为不仅危害到应受国际保护人员的安全，也严重威胁到国家间友好关系和合作的维持和促进。这类罪行不仅破坏了国际法上关于应受国际保护人员不可侵犯的规则，也是危害国际和平与安全的恐怖主义犯罪。[①] 因此，《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》重申，缔约国依据国际法应采取一切适当措施，以防止应受国际保护人员的人身、自由或尊严受侵害；并明确规定一系列防止和惩处侵害应受国际保护人员罪行的适当和有效措施，这些措施包括缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚。

三、控制侵害应受国际保护人员罪的国际法机制

预防、禁止和惩治侵害应受国际保护人员罪的国际法原则、规则和制度主要涉及以下几个方面：

---

① 参见1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》的序言以及联合国大会1973年12月14日第2202次全体会议的决议对该公约的说明。根据1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》的规定，侵害应受国际保护人员罪行属于国际法上的恐怖主义罪行。

（一）界定侵害应受国际保护人员罪的国际犯罪性质和行为

国际法明确规定“侵害应受国际保护人员罪”的犯罪性质及犯罪构成。例如《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》明确宣布，侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行危害到这些人员的安全，构成对各国间合作所必要的正常国际关系的维持的严重威胁。该公约第2条还明确规定了构成“侵害应受国际保护人员罪”的犯罪行为。

（二）国家有依法预防、禁止和惩治侵害应受国际保护人员罪的国际合作义务

1. 国家应通过国内法将侵害应受国际保护人员行为定为刑事犯罪并予以惩治

要对侵害应受国际保护人员犯罪进行法律控制，首要的措施是在国内法中将侵害应受国际保护人员的行为定为刑事犯罪。《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》规定，每一缔约国应将该公约规定的侵害应受国际保护人员的罪行定为其国内法上的罪行。每一缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚。

2. 国家应在国内法中确立对侵害应受国际保护人员罪的管辖权

要预防、禁止和惩治侵害应受国际保护人员罪，国家还必须建立对侵害应受国际保护人员罪行的管辖权。《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》规定：每一缔约国应采取必要措施，以确定其在下列情况下对侵害应受国际保护人员罪行的管辖权：(1) 所犯罪行发生在本国领土之内或在本国登记的船只或飞机上时；(2) 嫌疑犯是本国国民时；(3) 所犯罪行是对因代表本国执行第1条所规定的职务而享有应受国际保护地位的人员所犯时。

该公约还要求每一缔约国应同样采取必要措施，于嫌疑犯在本国领土内，而本国不依第8条的规定将该犯引渡至该条第1款所指明的国家时，对这些罪行确立其管辖权。该公约不排除依照国内法行使的刑事管辖权。

该公约规定了多种管辖权，又不排除依国内法行使的任何管辖权，因此，在对侵害应受国际保护人员罪的管辖方面，形成了并存管辖的体制。

该公约规定的普遍管辖权，是对属地管辖原则、属人管辖原则和保护管辖原则的补充，具有重要的条件限制：(1) 犯罪嫌疑人在该国管辖的领土内；(2) 该国不将其引渡到依属地原则、属人原则和保护原则提出引渡请求的国家。在具备上述条件的情况下，该国必须进行管辖。

普遍管辖原则对控制国际犯罪非常重要，但在行使这个原则时，还要注意和

其他国际法原则的协调，以避免对国际和平与国家间友好关系造成负面影响。

3. 各国在控制侵害应受国际保护人员罪方面，应遵循“或起诉或引渡”原则

《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》明确规定了这一原则：缔约国于嫌疑犯在其领土内时，如不予以引渡，则应毫无例外，并不得不当稽延，将案件交付主管当局，以便依照本国法律规定的程序提起刑事诉讼。该公约还规定，嫌疑犯所在地的缔约国确信情况有此需要时，应采取其国内法所规定的适当措施保证嫌疑犯留在其领土内，以便进行起诉或引渡。[①]

4. 国家应采取有效措施合作，防止侵害应受国际保护人员罪行

《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》第 4 条规定，各缔约国应特别以下列方式进行合作，以防止第 2 条所列举的罪行：第一，采取一切切实可行的措施，以防止在各该国领土内策划在其领土以内或以外实施这些罪行；第二，交换情报，并协调为防止这些罪行发生而采取的适当行政或其他措施。

5. 各国应在对侵害应受国际保护人员罪提起诉讼方面依法提供协助与合作

《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》第 10 条规定了这一原则：各缔约国应就为第 2 条所列举的罪行提起的刑事诉讼提供最大限度的协助，包括供给缔约国所有而为诉讼所必需的一切证据。

6. 各国应在对侵害应受国际保护人员罪引渡方面依法进行合作

《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》规定关于引渡的原则和规则：

第一，在各缔约国之间的任何现行引渡条约未将第 2 条所列举的罪行列为应该引渡的罪行的范围内，这些罪行应视为属于应该引渡的罪行。缔约国承允将来彼此间所订的每一引渡条约中都将这些罪行列为应该引渡的罪行。

第二，以订有条约为引渡条件的缔约国从未与该缔约国订立引渡条约的另一缔约国接到引渡要求时，如果决定引渡，得视该公约为对这些罪行进行引渡的法律根据。引渡须依照被要求国法律所规定的程序和其他条件办理。

第三，不以订有条约为引渡条件的缔约国应承认这些罪行为彼此间应该引渡的罪行，但须依照被要求国法律所规定的程序和其他条件办理。

---

① 参见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》第 6 条、第 7 条。“嫌疑犯”是指有充分证据可以初步断定为犯有或参与该公约第 2 条所列举的一项或数项罪行的人。



【课堂讨论案例】

1979年11月4日，在美国驻伊朗大使馆外进行游行示威的伊朗人袭击了大使馆馆舍。尽管大使馆曾多次呼吁伊朗当局给予援助，但伊朗保安部队没有干预或控制这种局势，结果大使馆馆舍被占领，使领人员，包括领事及非美籍人员和当时在大使馆的来宾，均被拘禁。从那时起，该大使馆和大使馆馆舍一直在占领者手中，占领者搜索并掠夺外交和领事档案与文件。除释放13人外，其余的被拘禁人员被扣作人质，以迫使美国满足他们提出的要求。

1979年11月，美国向国际法院就美国驻伊朗大使馆的处境及美国驻伊朗的外交和领事人员被扣为人质的问题对伊朗提起诉讼。1980年5月，法院就本案实质问题作出判决，伊朗国家应对使馆袭击者的行为负担国际责任。

请结合本章内容，思考下列问题：

(1) 伊朗是否违反了根据长期公认的一般国际法规则对美国所负担的国际义务。

(2) 伊朗因上述行为是否对美国负有国际法上的责任。

(3) 伊朗政府是否应采取措施对1979年11月4日事件所导致的局势进行补救。

(4) 伊朗政府是否有义务赔偿1979年11月4日事件给美国造成的损害。





第十章 条约法

第一节 概述	一、条约的定义 二、条约的名称 三、条约的种类 四、条约的结构和文字 五、条约的历史发展 六、条约法及其编纂
第二节 条约的缔结	一、缔约能力和缔约权 二、缔约程序 三、条约的加入 四、条约的保留 五、条约的保管和登记



本章概要

条约法是规范国际法主体之间的条约法律关系，确定条约的缔结、效力、解释、无效和终止等问题的原则、规则和制度，其渊源主要是1969年《维也纳条约法公约》。条约的缔结一般经过谈判、签署、批准和交换或交存批准书的程序。加入是国家表示同意承受条约拘束的一种方式，保留是国家排除条约中若干条款拘束力的方式。条约原则上对缔约国有约束力，不对第三国创设义务或权利。条约的无效不同于条约的终止和暂停施行。

关键术语

条约　条约的批准　条约的保留　情势根本变更　条约的无效　条约的终止　条约的修正　条约的解释　解释性声明　条约相对效力原则

第一节　概　述

一、条约的定义

条约是两个或两个以上国际法主体依据国际法确立其相互权利和义务而缔结的国际书面协议。1969 年条约法公约第 2 条规定："称'条约'者，谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称为何"。1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》关于条约的定义，除将缔约主体改为一个或更多国家和一个或更多国际组织间或国际组织相互间外，其他内容与 1969 年条约法公约的定义基本相同。

根据条约的定义，条约具有以下几个基本特征：

1. 条约的主体必须是国际法主体，且其数目必须有两个或两个以上。国际法的主体最基本的是国家。因此，国家是条约最主要、最常见的主体，国际条约也主要是国家间的条约。[①] 除国家外，国际组织和争取独立的民族在一定条件下和一定范围内也是国际法的主体，所以它们也可以成为条约的主体。只有这些国际法主体才能缔结条约。自然人或法人不能成为条约的主体，1952 年关于"英伊石油公司案"的判决明确承认了这一点。国际法院在判决中说：英伊石油公司与伊朗政府间签订的特许权协议"只是一个政府同一个外国法人间的租让合同"。

条约的当事方必须至少有两个，这是自明之理，因为同国内法上的合同一样，国际法上的条约必须至少是双方行为。单方的行为一般不构成条约，如抗议、承诺或承认等。

2. 条约必须以国际法为准。1969 年和 1986 年条约法公约都有这样的明确规定。因此，受某种国内法律体系支配的协议将不构成条约，即使当事方是国家。同时，一个条约是否有效成立，应以国际法来衡量。

3. 条约必须是缔约方意思表示的一致。意思表示一致，是条约成立的一个必要条件。因为条约通常是有关各方就某事项进行谈判、协商，在取得共同意见

① 正是出于这个缘故，本章将以阐述有关国家间缔结条约的国际法规则为主。

的基础上形成的。1969年和1986年条约法公约的序言都强调条约当事方自由同意原则，后者的序言还提到“条约的合意性质”。如果条约不是缔约方真实意思的表示，就可能成为无效。

4. 条约规定国际法主体间在国际法上的权利和义务关系。权利义务关系为协议的内容，是条约的一个本质特征。如果缺乏这个条件，就不能构成条约。有的国际文件，如两国或更多国家发表的共同宣言或声明，并不意图在当事方之间创设法律权利和义务，而仅仅对某一国际问题或彼此相关的事项表示共同的态度或政策，这类文件就不是条约。具有这种性质的协议叫做“君子协定”。1941年《大西洋宪章》是君子协定的最佳例证。[①]

5. 条约通常是书面形式的协议。书面形式是规定缔约方间权利义务关系最常见、最清楚和最可靠的方式。1969年和1986年条约法公约中的“条约”仅指以书面形式缔结的条约。但是，非书面形式的条约，如口头条约，如果能被证明，它显然也是条约。上述两个公约并没有否定非书面形式的口头条约的效力。在国际实践中，常设国际法院在1933年“格陵兰案”和国际法院在1974年“核试验案”中都肯定了口头条约对当事方的法律效力。不过，口头条约在国际上很少见。

二、条约的名称

“条约”一词有广义和狭义两种意义。广义的“条约”是指符合上述定义的、不论以何种名称出现的国际书面协议；狭义的“条约”是指以条约为名称的那种国际书面协议。在国际法上，关于条约的名称没有一个确定的标准，缔约方可以自由选择所缔结条约的名称。条约名称的不同，只表明其内容、缔约方式、生效程序等方面的差异，并不意味着它们法律效力的不同。国际法院在1962年“西南非洲案”（初步反对意见）的判决中指出：“名称并不是确定一个国际协定或约定的性质的决定性因素。在国家和国际组织的实践以及国际法院判例中，（条约名称）有各种各样很不相同的用法；有许多不同类型的文书被赋予条约规定的性质。”

根据国际实践，比较常见的条约名称有以下几种：

（1）条约。条约是广义条约中最正式的一种，用以规定缔约方间最基本或最主要的法律关系或法律地位，如和平条约、边界条约、同盟条约、通商航海

---

① 参见李浩培：《条约法概论》，31页。

条约等。这种名称的条约需要经过比较烦琐的缔结程序，而且有效期也比较长。

（2）公约。公约通常指许多国家为解决某一重大问题而在国际会议上或在国际组织主持下谈判缔结的多边条约，如《联合国海洋法公约》、《维也纳外交关系公约》等。这类条约多属造法性条约。

（3）协定。协定多指缔约方为解决某一方面的具体问题而达成的协议，如航空协定、贸易协定等。

（4）议定书。议定书通常是辅助性的法律文件，解决的问题比协定还要具体一些。议定书有独立的和附属的两种。独立的议定书本身就是一个条约，需要单独批准，如1925年《关于禁止毒气或类似毒品及细菌方法作战议定书》。附属的议定书是一个条约的附属文件，用以补充、说明、解释主条约的规定，如《欧洲联盟条约》的后面附加了17份议定书，它们连同该条约一起生效。

（5）宪章、盟约和规约。这类名称通常用于建立国际组织的国际协议，属于多边条约的性质，如《联合国宪章》、《国际法院规约》等。

（6）换文。换文通常是通过交换外交照会，就解决彼此间某一具体事项而达成的协议，如1955年中国和印度尼西亚关于双重国籍问题条约的实施办法的换文。换文的程序比较简单，一般不需批准即生效，所以它在条约中所占比例较大。在联合国秘书处登记的条约中，换文占近1/3。①

（7）宣言或声明。宣言或声明通常指两个或两个以上的国家就某一重大问题举行会谈或会议，而于其后公开发表的文件。宣言或声明的情况比较复杂，能否构成条约，应该依当事方的意思和文件的内容来判断。如果一份宣言或声明明确规定了当事方具体的权利和义务，该宣言或声明就是条约，如1984年中英两国《关于香港问题的联合声明》。

此外，专约、最后文件、谅解备忘录和联合公报等也可以用做条约的名称。

三、条约的种类

国际上没有关于条约种类的普遍接受的分类方法。常见的有以下几种：

（1）按缔约方的数目，条约可分为双边条约和多边条约。双边条约是指仅限于两缔约方签订的条约，如1980年《中美领事条约》。但是，如果其中一方包括几个国际法主体，这个条约仍然是双边条约。如1947年《对意和约》，一

---

① 参见李浩培：《条约法概论》，31页。

缔约方是意大利，另一缔约方则是包括苏联、美国、英国和中国等在内的20个国家。多边条约是两个以上缔约方订立的条约。这种条约又可分为有限性多边条约和一般性多边条约。有限性多边条约限于有限数目的缔约方，如1992年《欧洲联盟条约》；一般性多边条约向一切国家开放，如1961年《维也纳外交关系公约》。

（2）按条约的性质，条约可分为契约性条约和造法性条约。契约性条约是缔约方订立的解决当前的一个具体问题的条约；而造法性条约是缔约方订立的创立以后相互间必须遵守的共同行为规则的条约，这类条约大多数是一般性多边条约。但是，国际上没有超国家的立法机关，因而并无真正的"立法"。而且，契约性条约和造法性条约在实践中很难严格区分。

（3）按缔结条约的程序，条约可分为缔结程序繁复的条约和缔结程序简单的条约。前者是指经过所有缔约程序的条约，即经过了约文的认证和同意受条约的拘束等一系列缔约程序；后者是指只经签署或以换文方式缔结的条约，这种条约又称为简化条约。为便利条约的缔结，简单的缔结程序在现代缔约实践中有逐渐流行的趋势。

此外，按条约的内容，条约还可以分为政治条约、经济条约和法律条约等。如我国外交部编辑的《中华人民共和国条约集》把我国缔结的条约分为政治、经济、法律和文化等14类。这种分类的好处是便于查找条约，但与条约的效力、修改和终止等问题没有直接的关系。

四、条约的结构和文字

关于条约的结构，国际法上没有必须遵守的规则。比较正式的条约通常由五个部分组成：（1）名称。（2）序言。序言主要载明缔约方的名称、缔约目的、全权代表的姓名和权限等。序言对条约的解释是有作用的。（3）正文。这是条约的主体部分，具体规定各缔约方的权利和义务。（4）最后条款。主要规定条约的有效期、生效、第三国的加入、文字、签字时间与地点等。（5）签名。即缔约全权代表的签名。在以上五个部分之外，有的条约可能还有附件。附件内容通常为技术性规定或补充规定。附件是否构成条约的组成部分，主要根据缔约方的意图而定，通常在条约中有明确规定。

关于条约的文字，国际法上也没有统一的规则。根据主权平等原则，每个国家都有权使用本国文字缔结条约。双边条约通常用缔约双方的两种文字写成，两种文本具有相同的法律效力。但缔约双方以第三国的文字作为约文正本

的文字的特殊情况也是存在的，如1689年《中俄尼布楚条约》的正式文本是拉丁文本。[①]

多边条约由于参加国众多，条约的正式文本不可能由所有国家的文字写成，这就产生了确定作准文字的问题。在中世纪的欧洲，绝大多数多边条约用拉丁文写成。到了19世纪，作准文字通常是法文。第一次世界大战以后，几种文字可以同时成为作准文字。例如，《联合国宪章》的作准文字有五种：英文、法文、俄文、中文和西班牙文。《联合国海洋法公约》在以上五种作准文字外，还增加了阿拉伯文。在这种情况下，各种作准文本具有相同的法律效力。

五、条约的历史发展

条约的历史非常悠久，在近代意义的国际法产生之前，就出现了条约。公元前1296年埃及法老拉姆西斯二世和赫梯国王哈图希里三世缔结的一项具有军事同盟性质的条约，被认为是迄今所发现的最古老的条约之一。近代意义的条约一般认为始于1648年《威斯特伐里亚和约》。自此以后，条约有很大发展，从双边的发展为多边的，从政治的发展到包括经济、社会、文化和科技等各个方面，条约数量大幅度增加。特别是第二次世界大战以后，条约有更大的发展。不仅条约建立在国家平等的基础上，而且国际组织也日益成为条约的重要缔约方，各种类型和性质的条约急剧增加。条约成为国际法的重要渊源和一项重要制度。

中国与外国签订的近代意义上的条约始于1689年中国同俄国签订的《尼布楚条约》。1842年后，中国逐步沦为半殖民地社会，与外国签订的条约多数是不平等条约。中华人民共和国成立以后，中国的条约关系进入了一个新阶段。不仅不平等条约被废除，而且在和平共处五项原则的基础上，同外国签订、参加了内容广泛、数量众多的双边条约和多边条约。这表明我国国际联系的加强和在利用条约作为国际合作与斗争的法律工具方面日臻成熟。1990年，我国颁布了《中华人民共和国缔结条约程序法》(以下简称《缔结条约程序法》)。1997年，我国加入1969年条约法公约。[②]

---

① 我国1990年《缔结条约程序法》允许将第三国的文字附加作为双边条约的作准文字。该法第13条规定，我国同外国缔结的双边条约、协定，以中文和缔约另一方的官方文字写成，两种文本同等作准；必要时，可以附加使用缔约双方同意的一种第三国文字，作为同等作准的第三种正式文本。

② 我国在加入时声明："一、中华人民共和国对《维也纳条约法公约》第六十六条予以保留。二、台湾当局于1970年4月27日以中国名义在《维也纳条约法公约》上的签字是非法的、无效的。"

六、条约法及其编纂

条约法是关于条约的缔结、效力和解释等问题的原则、规则和制度的总称，其作用在于调整和规范国际法主体间的条约关系。在历史上，条约法的编纂始于个人。第一次世界大战以后，国际联盟和美洲国家联盟曾尝试对条约法进行编纂，但都没有取得成功。

联合国成立以后，条约法的编纂工作有很大发展。1949年，联合国国际法委员会决定把条约法的编纂作为其最优先的工作。到1966年，国际法委员会完成了条约法公约草案。1969年，维也纳外交会议通过《维也纳条约法公约》（以下简称“1969年条约法公约”）。[①] 该公约不仅将习惯条约法成文化，而且适当地发展了条约法，被认为是成功的国际法编纂和良好的条约法法典。

嗣后，国际法委员会还草拟完成了《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约草案》和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约草案》。这两个公约草案分别于1978年和1986年在维也纳外交会议上通过并开放签字。1986年公约在实质规定方面与1969年公约基本一致。

国际法委员会目前正在对“对条约的保留”和“武装冲突对条约的影响”专题进行研究。至2007年，委员会暂时通过了包含85条的《对条约的保留——实践指南准则草案》案文，并设立了“武装冲突对条约的影响”工作组。

第二节　条约的缔结

一、缔约能力和缔约权

缔约能力和缔约权是两个不尽相同的概念。缔约能力是指在国际法上可以合法缔结条约的能力或资格；缔约权是指有权缔结条约的机构的权限。在国际法上，只有国家和其他国际法主体才有缔约能力。这是由它们作为国际人格者所决定的。缔约权由国家和其他国际法主体的内部法律决定，而各国和其他国际法主

① 公约于1980年1月27日生效。

体的内部法律可以有不同的规定。

1969 年条约法公约第 6 条规定，“每一国家皆有缔结条约之能力”。缔约能力是国家主权的表现，不能任意剥夺。在不违背国际法的条件下，任何国家都有权与其他国家或其他国际法主体缔结条约。至于一国由哪些机关代表国家行使该项权利，这个缔约权由国内法，特别是宪法加以规定。一般地说，国家元首对外代表国家，因此有权缔结条约。但更常见的却是中央政府行使缔约权。地方政府一般无缔约权，除非得到授权。如我国香港特别行政区根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》的规定，在一定范围内可以订立国际协议。但是，这些有限的缔约权是全国人民代表大会通过基本法的形式赋予的。有些联邦制国家的成员邦也享有一定的缔约权，但这些权力不得超出联邦宪法的规定。

国际组织的缔约能力是确定无疑的。国际法院在 1962 年“西南非洲案”中明确肯定了国际组织具有缔约能力。1986 年条约法公约第 6 条规定，“国际组织缔结条约的能力依该组织有关规则的规定”，从而确认国际组织具有缔约能力。至于国际组织的缔约权，也主要由该组织的规则决定。根据该公约第 2 条的解释，“组织的规则”指组织的组织文件，按照这些文件通过的有关决定和决议以及确立的惯例。从国际组织的缔约实践可以看出，国际组织不仅具有组织文件明文赋予的明示缔约权，而且还有默示缔约权，即为实现其宗旨和目的所必需的权力。但是，国际组织是派生的国际法主体，因而其缔约权是有限的。

二、缔约程序

缔结条约要经过哪些程序，国际法上没有统一的规则。根据条约实践，缔约程序一般包括谈判、签署、批准和交换或交存批准书。

（一）谈判

谈判是有关各方为了就条约的内容达成一致协议而进行的交涉，是缔结条约的第一步。谈判一般由有缔约权的国家机关进行。国家元首是国家在外交关系上的最高代表，因此，条约可以由他亲自谈判。但通常是由政府首脑、外交部长、驻外使节或特派全权代表进行谈判。国家元首、政府首脑和外交部长由于其对外代表国家的特殊地位，在谈判时一般无须出示全权证书。一国驻外使节同驻在国政府谈判条约也无须出示全权证书。1969 年条约法公约第 7 条第 2

款作了这样的明文规定。但在实践中，上述人员参加谈判也有提交全权证书的事例。如1960年周恩来总理谈判签署中缅边界条约、中柬友好和互不侵犯条约时出示了全权证书。而其他负责进行条约谈判的特派全权代表则须提交全权证书。国际组织的代表参加谈判须出示该组织的主管机关颁发的“授权证书”。

全权证书是一国主管当局所颁发，指派一人或数人代表该国谈判、议定或认证条约约文，表示该国同意受条约拘束，或完成有关条约之任何其他行为的文件。全权证书必须是书面的，通常由国家元首签署，外交部长副署，并明确规定谈判代表的权限。我国《缔结条约程序法》第6条规定，以中华人民共和国名义或中华人民共和国政府名义缔结条约、协定，由外交部或者国务院有关部门报请国务院委派代表。代表的全权证书由国务院总理签署，也可以由外交部长签署；以中华人民共和国政府部门名义缔结协定，由部门首长委派代表。代表的授权证书由部门首长签署。部门首长签署以本部门名义缔结的协定，各方约定出具全权证书的，全权证书由国务院总理签署，也可以由外交部长签署。

谈判开始时，全权代表互换全权证书或由全权证书委员会审查全权证书的真实性及内容，特别是授权范围。有时全权证书也可稍迟发出，但至迟应在条约签字以前出示。如果一个条约是由未经授权的人员所为，除非当事国事后确认，不产生法律效力。

谈判达成协议后，即可起草条约约文。在双边条约的情况下，条约约文可以由一方提出，对方同意、修改或另提，也可以共同起草。在多边条约的情况下，可以由各方共同起草，或国际组织或专门委员会负责起草。

条约起草完毕，进入条约约文议定阶段，即谈判各方对条约的形式和内容加以确定以便形成正式的条约约文。1969年条约法公约第9条规定，约文的议定应经参加起草该条约约文的全体国家的同意；国际会议议定条约约文，以出席和投票的国家2/3多数表决通过，除非这些国家以同一多数决定适用另一规则。在实践中，协商一致有时成为议定约文的方式。

条约约文一旦形成，谈判暂告结束，各方代表向其本国政府请示，同意后即可签署。

（二）签署

签署是缔约程序中重要的一环，在条约法上具有三种不同的意义：（1）认证条约约文，即确认约文是作准的和最后的；（2）表示国家初步同意，但须经批准

才承受条约的拘束；(3) 确定国家同意承受条约的拘束。以签署来表示同意承受条约的拘束，1969年条约法公约第12条规定有三种情况：(1) 条约规定签署有这种效果；(2) 另经确定，谈判国协议签署有这种效果；(3) 该国使签署有这种效果的意思可见于其代表的全权证书，或在谈判过程中有此表示。

条约在正式签署前，有时草签或作待核准的签署。草签通常由谈判代表将其姓名的第一个字母（我国代表用其姓名的第一个汉字）签在约文下面，表示认证条约约文，其本身不具有法律效力。但是，如果经确定谈判国有此协议，约文的草签也可以构成条约的签署。待核准的签署也称为暂签，是一种待确认的签署，在谈判代表的本国确认以前，只有认证条约约文的效力。但经该国确认后，即成为正式签署，具有签署的效力。

签署通常在一定的仪式下进行。根据国家主权平等原则，双边条约的签署通常采用轮换制，即签署条约时，签字是左右相对，左方为首位，右方为次位，双方全权代表在本国保存的文本上的首位签字，另一方在次位签字，依次轮换。多边条约无法采用轮换的方法，各国按照它们国名的字母顺序依次签字，或没有任何次序。

(三) 批准

批准是一国确定其同意受条约拘束的行为，一般是条约经过签署后使条约发生拘束力的程序。以批准来表示一国同意承受条约的拘束，1969年条约法公约第14条规定有下列几种情况：(1) 条约规定以批准的方式表示同意；(2) 另经确定，谈判国协议需要批准；(3) 该国代表已对条约作出须批准的签署；(4) 该国对条约作出须经批准的签署的意思可见于其代表的全权证书，或在谈判过程中有这样的表示。从缔约实践来看，绝大多数条约都规定条约需要批准。如果没有明确规定，通行的观点是条约须经缔约方的批准。许多国家的国内法规定，特定的条约必须经过批准。根据我国《缔结条约程序法》第7条的规定，条约和重要协定的批准由全国人民代表大会常务委员会决定。这里的条约和重要协定指：(1) 友好合作条约、和平条约等政治性条约；(2) 有关领土和划定边界的条约、协定；(3) 有关司法协助、引渡的条约、协定；(4) 同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定；(5) 缔约各方议定须经批准的条约、协定；(6) 其他须经批准的条约、协定。

批准是国家的主权行为。国家对其授权代表签署的条约一般地予以批准。但国家没有必须批准的义务。在国际实践中曾有拒绝批准或长期不予批准的事例，如1919年美国总统威尔逊亲自签署的《凡尔赛和约》，因美国参议院的否决而没

能批准；1999年，美国参议院拒绝批准1996年《全面禁止核试验条约》。拒绝批准的法律后果是条约不生效或对拒绝批准国无效。

除批准外，一国表示同意承受条约拘束的方式，还有接受或核准等。接受或核准是国际条约实践中的一种新的做法，多用于多边条约。1969年条约法公约第14条第2款规定，接受或核准适用于须经批准的条件。根据我国《缔结条约程序法》第8条，除须批准的条约和重要协定以外，国务院规定须经核准或者缔约各方议定须经核准的协定和其他具有条约性质的文件签署后，由外交部或者国务院有关部门会同外交部，报请国务院核准。

正式认可行为是国际组织使用的与批准相应的表示同意接受条约拘束的方式。

(四) 交换或交存批准书

条约在批准后，一般还需要互换或交存批准书。互换批准书是缔约双方相互交换各自批准条约的证明文件，使该条约产生法律效力的行为。交存批准书是缔约国将批准书交存条约的保管机关。1969年条约法公约第16条规定，除条约另有规定外，批准书以下列方式确定一国承受条约拘束之同意：(1) 由缔约国互相交换；(2) 将文书交存保管机关；(3) 如经协议，通知缔约国或保管机关。

交换或交存批准书的时间在条约法上没有规定，这取决于条约本身有无明文规定。如《中英联合声明》第8条规定批准书应于1985年6月30日前互换，而《中葡联合声明》则无此规定。至于交换或交存批准书的地点，一般在条约中明文规定。在双边条约时，通常的做法是，如果条约在一国签署，则在另一国互换批准书。如1978年《中日和平友好条约》在中国北京签署，批准书在日本东京交换。但是，如果条约另有规定，则依规定进行，如《中英联合声明》第8条规定批准书应在北京互换。交换或交存批准书通常没有追溯效力。

批准书一般由国家元首或国家权力机关签署，外交部长副署，通常由三部分组成：(1) 序文，声明国家权力机关已经审查了该条约；(2) 主文，载明条约的约文或仅是条约的名称、序言等；(3) 结尾，声明该条约已经批准，正式宣告条约将予以遵守。

三、条约的加入

加入是指没有在条约上签字的国家表示同意接受条约约束的一种正式国际法

律行为。双边条约不发生加入的问题，因为第三国如果希望接受条约的拘束，三个国家可以另订一个条约，而不必采用加入的方式。加入主要适用于开放性的多边条约，尤其是造法性的国际公约。以加入表示同意承受条约的拘束，1969 年条约法公约第 15 条规定有三种情况：（1）条约有这样的规定；（2）另经确定，谈判国有此协议；（3）全体当事国嗣后协议。

多边条约一般都有加入条款。加入条约时，既可以加入已生效的条约，也可以加入尚未生效的条约。一旦加入，加入方即成为条约的缔约方，除条约另有规定外，与原始缔约方享有同样的权利，并承担同样的义务。

我国《缔结条约程序法》对于加入多边条约的程序作了明确规定。根据该法第 11 条，加入属于该法第 7 条第 2 款所列范围的多边条约和重要协定，由外交部或者国务院有关部门会同外交部审查后，提出建议，报请国务院审核；由国务院提请全国人民代表大会常务委员会作出加入的决定。加入书由外交部长签署，具体手续由外交部办理。加入不属于该法第 7 条第 2 款所列范围的多边条约、协定，由外交部或者国务院有关部门会同外交部审查后，提出建议，报请国务院作出加入的决定。加入书由外交部长签署，具体手续由外交部办理。

四、条约的保留

（一）保留的概念

保留是指“一国于签署、批准、接受、核准或加入条约时所作之片面声明，不论措辞或名称为何，其目的在于摒除或更改条约中若干规定对该国适用之法律效果”[①]。对这个概念可从以下几个方面理解：

第一，保留是一国的单方面声明，应在表示接受条约约束时提出。单方面意味着，一国的保留声明只是基于自己的考虑提出的，它本身不具有条约的性质，因而如果不被其他缔约方接受，就不能产生法律效果。即使是若干国家联合提出一项保留或提出同样的保留，也不影响该保留的单方面性质。

第二，保留可以采用任何措辞或名称。即使一项声明没有使用保留的措辞或术语，也并不必然排除其保留的法律性质。换言之，一项声明的名称对于该声明是否定性为保留是无关紧要的。一项声明不能因为其使用了保留的名称而认为是保留，也不能因为其采用了其他名称而认为不构成保留。

第三，保留的实质是排除或更改条约中某些条款对提出保留的缔约方的拘束

① 《实践指南准则草案》在保留的定义中增加了“国际组织”一词。

力。这是保留概念的核心，也是判断一项声明是否构成保留的根本标准。如果一项声明并不意图排除或更改条约中某些规定对声明国适用的法律效果，而旨在使条约规定与国内法协调或者说明条约规定的含义或范围，即使采用了保留的名称，这类声明也不构成保留，而是解释性声明。解释性声明是一国所作的单方声明，无论措辞或名称如何，其目的在于确定或阐明该国对条约或其中若干条款赋予的含义或范围。保留和解释性声明有不同的法律优势。有的多边条约禁止保留，但并不禁止解释性声明。如《联合国海洋法公约》第309条禁止对公约作出保留或例外，但第310条规定："第309条不排除一国在签署、批准或加入本公约时，作出无论如何措辞或用何种名称的声明或说明，目的在于除其他外使该国国内法律和规章同本公约取得协调，但须这种声明或说明无意排除或修改本公约规定适用于该缔约国的法律效力。"

值得注意的是，如果条约的某一条款明确规定各缔约方须在条约的两项或几项条款之间作一选择，比如《联合国海洋法公约》第287条关于导致有约束力裁判的强制程序选择，则一国所作的单方面声明不构成保留。

第四，保留通常适用于多边条约。双边条约一般不发生保留问题。《实践指南准则草案》第1.5.1准则指出，一国在草签或签署的双边条约生效前提出了单方面声明，意图藉此促使另一缔约方更改条约的规定，作为它表示最后同意接受约束的条件，则此项声明无论措辞或名称为何，均不构成保留。不过在个别国际实践中，的确出现过对双边条约保留的情况。例如，美国在关于1977年《巴拿马运河条约》的批准书中就含有美国参议院对该条约的保留和谅解，而在交换批准书时，当时的巴拿马领导人还对此表示了确认。[①]

（二）保留的提出

一项保留要发生效果，必须是可允许的。1969年条约法公约以消极方式规定了禁止保留的情形。根据该公约第19条，有下列情形之一者，不得提出保留：(1) 该项保留为条约所禁止。条约中一特别条款禁止一切保留、禁止对特定条款保留或禁止某些类别的保留即属于这种情况。如1998年《国际刑事法院规约》第120条规定："不得对本规约作出保留。"(2) 条约仅准许特定的保留而有关的保留不在其内。这里特定的保留指条约明文提及的对条约某些条款的保留或对整个条约的涉及某些特定方面的保留。如《旨在废除死刑的〈公民权利和政治权利国际公约〉第二任择议定书》第2条第1款规定："本议定书不接受任何保留，

---

① 参见万鄂湘、石磊等：《国际条约法》，127页。

唯在批准或加入时可提出这样一项保留，即规定在战时可对在战时犯下最严重军事性质罪行被判罪的人适用死刑。”（3）该项保留与条约的目的与宗旨不相符，如《消除一切形式种族歧视国际公约》第 20 条第 2 款规定：“凡与本公约之目的及宗旨相抵触之保留不得准许。”

显然，除上述三种情形之外的其他保留都是允许的。即使一个条约本身没有保留条款，也允许提出不与条约的目的和宗旨相冲突的保留。这实际上是国际法院 1951 年“关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留问题的咨询意见”的反映。但是，目的和宗旨标准的内容并没有得到清楚定义。毫无疑问，条约明文禁止的保留和非特定保留不可能与条约的目的和宗旨相符合。此外，人权事务委员会 1994 年一般性评论第 24 号对《公民权利和政治权利国际公约》及其任择议定书的保留问题所表示的意见也有一定指导意义。委员会指出，对属于强行规范或习惯国际法的权利的保留，对侵犯人权的行为提供救济保障的保留，或逃避委员会监督作用的保留，都不符合公约的目的和宗旨。

提出保留的时间是一国签署、批准、接受、核准或加入条约时。《实践指南准则草案》还增加了“一国发出继承条约的通知时”。这些时间都是缔约国表示同意承受条约拘束的时机。因此，如果一国在表示接受条约约束时没有提出保留，那么在此之后，则无权再提出保留。但是，如果条约本身有相反规定，或其他缔约国不反对，上述时间限制就成为例外。前者的例子如 1931 年《统一支票法公约》第 1 条规定，对于该公约附件二中第 9、22、27、30 条的保留可以在批准或加入后提出，而且如遇紧急情况，缔约国也可以在批准或加入后对该公约附件二中的第 7、28 条提出保留；后者的例子如瑞士对 1960 年《关于临时进口包裹的海关公约》的保留。[①]《实践指南准则草案》肯定了这一条约实践，第 2.3.1 准则规定：“除非条约另有规定，一国或一国际组织不得在表示同意受条约约束后提出保留，但其他缔约方不反对过时提出保留者除外。”

（三）保留的接受与反对及其法律效果

保留的接受与反对及其法律效果在国际法上曾引起较大争议。1951 年，国际法院在“关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留问题的咨询意见”中指出，如果一国提出的保留不为全体缔约国所反对，就可以被认为是该公约的缔约国，只要该项保留符合该公约的宗旨和目的；如果一国反对保留并认为该项保留不符合该公约的宗旨和目的，该国可以不把保留国当做缔约国，而不反对保留的

---

① 参见万鄂湘、石磊等：《国际条约法》，126～127 页。

国家则可以把保留国当做缔约国。1969年条约法公约第20、21条基本上采纳了国际法院的咨询意见。根据这些规定，有关保留的接受和反对及其法律效果的规则是：

1. 条约明文准许的保留不需要其他缔约国事后予以接受，除非该条约有相反规定。

2. 如果从谈判国的有限数目以及条约的目的和宗旨可见，该条约在全体当事国间全部适用是每一当事国同意承受该条约约束的必要条件，则保留必须经全体当事国接受。

3. 如果条约是一个国际组织的组织章程，除该条约另有不同规定外，保留须经该组织的主管机关接受。

4. 凡不属于上述情形，除条约另有规定外：

（1）保留经另一缔约国接受时，就该另一缔约国而言，保留国即成为该条约的当事国，但以该条约已对这些国家生效为条件。

（2）保留经另一缔约国反对时，条约在反对国与保留国之间并不因此而不生效力，除非反对国确切地表示了相反的意思。

（3）一国表示同意承受条约拘束而附有保留的行为，只要至少有另一缔约国已经接受该项保留，就成为有效。

5. 就上述第二和第四项而言，除条约另有规定外，如果一国在接到保留国的通知后12个月的期间届满之日，或至其表示同意承受条约约束之日为止，未对保留提出反对，该保留即被视为业经该国接受，在这两个日期中，以较后一个日期为准。

有效成立的保留的效果，只及于保留国与其他缔约国之间的关系，并不影响其他缔约国相互之间的关系。凡是依照1969年条约法公约有关规定对另一当事国成立的保留，在保留国与该当事国之间的关系上，在保留范围内修改保留所涉及的条约规定；而在其他当事国之间，该项保留不修改条约的规定。反对保留的国家如果并未反对该条约在该国与保留国之间生效，则在该两国之间仅不适用所保留的规定。

（四）撤回保留及撤回对保留的反对

除条约另有规定外，保留可以随时撤回，无须经业已接受保留的国家的同意。对保留提出的反对亦可随时撤回。撤回保留及撤回对保留的反对都应通知有关当事国，撤回自接受保留国或提出保留国收到通知时起开始发生效力。

(五) 保留的程序

保留、明示接受保留及反对保留，都必须以书面形式提出并致送缔约国及有权成为条约当事国的其他国家。撤回保留或撤回对保留提出的反对，也必须以书面形式提出。如果保留是在签署待批准的条约时提出的，保留国应在批准条约时确认该项保留，遇有这种情形，该项保留应视为在其确认之日提出。

我国在参加多边条约时，也曾对一些条约提出过保留。这些保留主要涉及将争端提交仲裁或国际法院解决的条款。[1] 1993 年我国对 1979 年《反对劫持人质国际公约》第 16 条第 1 款作了保留。

五、条约的保管和登记

条约的保管机关由谈判国在条约中或以其他方式指定。保管机关可以是一国或数国，也可以是国际组织或这种组织的负责人。通常，双边条约若有两份作准文本，则每一方为其作准文本的保管机关；如果只有一份作准文本，则由其中一方保管。多边条约如果在某国签字，条约正本为该国保管；如果是国际组织主持制定的，该国际组织或其负责人则为保管机关。

保管机关的职务具有国际性，并负有秉公执行其职务的义务。保管机关的职务主要有：保管条约的正本；准备条约的正式副本并分送有关国家；接受条约的签署，接受并保管有关条约的文书、通知及公文；审查条约的签署及有关条约的任何文书是否妥善，如有必要，将此事通知有关国家；向联合国秘书处登记条约等。

条约的登记开始于国际联盟时期。《国际联盟盟约》第 18 条规定："嗣后联盟任何会员国所订条约或国际协议应立即送秘书处登记并由秘书处从速发表。此项条约或国际协议未经登记以前不生效力。"联合国继承了国际联盟的条约登记制度，并稍加改变。《联合国宪章》第 102 条规定，联合国的任何会员国应将缔结的一切条约和国际协定尽速在秘书处登记，并由秘书处公布。未登记的这类条约和国际协定，其缔约国不得在联合国任何机构中援引。因此，向联合国秘书处登记缔结的条约是会员国的义务。但是，登记不是条约生效的必备条件。未向秘书处登记，并不影响条约的法律效力，而只是不得在联合国任何机构中援引。

凡已在联合国秘书处登记、归档、备案的条约、协定文本，均由秘书处用原

---

① 参见余民才、程晓霞编著：《国际法教学参考书》，163～164 页。

有文字在联合国《条约集》上公布，另附有英文和法文译本。

我国《缔结条约程序法》第14条规定，以中华人民共和国或者中华人民共和国政府名义缔结的双边条约、协定的签字正本，以及经条约、协定的保存国或者国际组织核证无误的多边条约、协定的副本，由外交部保存；以中华人民共和国政府部门名义缔结的双边协定的签字正本，由本部门保存。第17条规定，中华人民共和国缔结的条约和协定由外交部按照联合国宪章的有关规定向联合国秘书处登记；中华人民共和国缔结的条约和协定需要向其他国际组织登记的，由外交部或者国务院有关部门按照各该国际组织章程的规定办理。

第三节 条约的生效和效力

一、条约的生效和有效期

(一) 条约的生效

条约的生效是指在法律上成立的条约对各当事国发生拘束的法律效果。这里条约的生效与条约对缔约国的生效略有不同。后者有时指一个条约已经生效后，对于其他表示同意承受该条约约束的国家产生约束力。如《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第87条第2款规定，对于在该公约生效后批准或加入的每一国家，该公约对该国自交存批准书或加入书之日起3个月后的月份首日发生效力。

条约的生效在国际法上没有统一的规定，而由各当事国自行决定。1969年条约法公约第24条规定："条约生效之方式及日期，依条约之规定或依谈判国之协议。"通常，条约都载有生效条款。

从条约实践来看，双边条约的生效主要有以下几种方式：(1) 自签字之日起生效，无须经过批准和交换批准书的程序。(2) 自批准之日起生效，但无须交换批准书。如果双方同日批准，条约即在该日生效；如果先后批准，以后一个批准日为条约生效日。(3) 自批准书交换之日或之后若干天起生效。

多边条约的生效有以下几种方式：(1) 自全体缔约国批准或各缔约国明确表示接受条约约束之日起生效。(2) 自一定数目的国家交存批准书或加入书之日或

在此之后若干日起生效。如1969年条约法公约第84条规定："本公约应于第三十五件批准书或加入书存放之日后第三十日起发生效力。"(3) 自一定数目的国家，其中包括某些特定的国家交存批准书后生效。如《联合国宪章》第110条第3款规定：一俟美利坚合众国政府通知已有中国、法国、苏联、英国、美国以及其他签字国过半数将批准书交存时，本宪章即发生效力。

(二) 条约的有效期

条约的有效期长短不一，一般都在条约中明文规定。根据条约实践，条约可分为无限期和有限期两种。

无限期的条约，除非再订新约，该条约一直继续有效。造法性的多边条约、边界条约一般都是无期限的，如《联合国宪章》、《维也纳外交关系公约》等。有限期的条约，其具体期限由各个条约明文规定。有效期届满时，条约有两种情况：一种是按照条约规定或另订协议予以延长；另一种是自动失效。

二、条约的效力

(一) 条约对缔约国的效力

1. 条约必须遵守

条约一经生效，即对缔约国有拘束力。缔约国应遵守条约，并善意履行。"条约必须遵守"是一项古老的习惯法规则，源于古罗马法"对契约的遵守"的概念，后被移植到国际法中，成为公认的国际法原则。1969年条约法公约第26条规定，凡有效的条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。换句话说，只要是有效的条约，各当事国都应遵守并善意履行。有效的条约即是依国际法有效成立的条约，这是遵守条约的前提条件。善意履行也就是诚实和正直地履行，也即履行条约不仅要按照条约的文字，而且要符合条约的精神。一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。

但是，条约必须遵守原则不是绝对的，它受到一些限制。违反强行法规则、"情势根本变更"等都可以成为不遵守条约的理由。

2. 条约的执行

对于在国际上已生效的条约，缔约国应采取必要的措施，保证条约在其领土内得到执行。这是条约必须遵守原则所要求的。条约在国内的执行以各国国内法的接受为前提条件。

如果条约与国内法发生冲突，实践中大致有四种解决方法：(1) 国内法优于

条约。这种做法极为少见，如阿根廷。（2）国内法与条约的地位相等。如果冲突，采取两项原则：一是和谐解释的原则；二是后法优于前法的原则。如美国和德国。（3）条约优于国内法，如法国。（4）条约优于宪法，如荷兰。①

（二）条约的适用

条约的适用涉及时间范围和空间范围以及条约的冲突三个方面。

1. 条约适用的时间范围

条约一般自生效之日起开始适用，除非另有规定。因此，条约原则上无追溯效力，即条约不溯及既往。1969年条约法公约第28条规定，除条约表示不同意思，或另经确定外，条约对于一当事国在条约生效之日以前所发生的任何行为或事实或已停止存在的任何情势均无拘束力。但根据第70条第1款，条约的终止并不影响各当事国在该条约终止前由于实施该条约所产生的任何权利、义务或法律情势。

但是，条约在生效之前适用也是存在的。一种情况是暂时适用。1969年条约法公约第25条规定，条约或其一部分于条约生效前在下列情形下暂时适用：（1）条约本身如此规定；或（2）谈判国以其他方式协议如此办理。这方面典型的例子是1947年《关税与贸易总协定》暂时适用了47年之久。另一种情况是那些编纂国际习惯法的条约条款，在条约生效前即作为习惯法规则适用。再一种情况是在条约生效前，表示同意承受条约拘束的国家有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨的行为，除非明确表示不欲成为条约的当事国。1969年条约法公约第18条对此作了规定。

2. 条约适用的空间范围

原则上，条约应适用于缔约国的全部领土。1969年条约法公约第29条规定，除条约表示不同意思，或另经确定外，条约对每一当事国的拘束力及于其全部领土。但是，如果条约有不同规定或当事国有明示或默示的相反意思，条约可适用于缔约国的部分领土。如有些条约中的“联邦条款”或“殖民地条款”都对条约适用的领土范围加以限制。根据我国香港、澳门特别行政区基本法，我国缔结的国际协定是否适用于香港和澳门特别行政区，由中央政府根据它们的情况和需要，在征询特区政府的意见后决定。因此，我国缔结或参加的条约并不一定都适用于这两个特别行政区。

---

① 参见李浩培：《条约法概论》，393～401页。

3. 条约的冲突

在几个条约就同一事项的规定相互矛盾时，就引起了条约间的冲突。条约的冲突常见于以下几种情况：（1）两个国家先后订立两个相冲突的条约；（2）一个国家已和另一国缔结了一项条约，后来又与第三国订立了相冲突的条约；（3）一个多边条约的两个当事国间或一个当事国与第三国间缔结了违反该多边条约的条约。

条约间产生冲突，就引起了哪个条约优先适用的问题。根据 1969 年条约法公约第 30 条，就同一事项先后订立的几个条约发生冲突时，其适用应遵循以下原则：（1）如果联合国会员国间所订立的条约与《联合国宪章》相冲突，无论其在宪章之前或之后，宪章的义务应优先。（2）如果条约明文规定不得违反先订或后订条约，或不得视为与先订或后订条约不相符合，该先订或后订条约应优先。（3）如果先订条约的全体当事国同时亦为后订条约的当事国且先订条约依法并未终止或停止施行，适用后订条约。（4）如果后订条约的当事国不包括先订条约的全体当事国，在同为先后两条约的当事国之间，适用后订条约；而在为两条约的当事国与仅为其中一条约的当事国之间，适用两国均为当事国的条约。

（三）条约对第三国的效力

第三国即“非条约当事国之国家”。原则上，条约只对缔约国有拘束力，不能约束第三国。这即“条约对第三者无损益”的原则，也即条约相对效力原则。1969 年条约法公约第 34 条规定，条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利。第 35、36 条进一步规定，如果一个条约有意为第三国设定一项义务，应得到第三国书面明示接受。如果一个条约有意为第三国创设一项权利，也应得到第三国的同意，但在第三国无相反的表示时，应推定其同意。第 37 条还就第三国的义务或权利的取消或变更作出如下规定：第三国所担负的义务，必须经条约各当事国与该第三国的同意，方得取消或变更，但经确定其另有协议者除外；第三国享有的权利，如果经确定原意为非经该第三国同意不得予以取消或变更，当事国则不得予以取消或变更。

但是，条约通常会对第三国产生某种法律效果。典型例子如最惠国条款和所谓确立“客观制度”的条约。后者的事例通常包括有关国际水道的航行公约，规定非军事化、中立化或国际化的条约等。此外，如果条约的规定是对习惯法规则的编纂或已形成为习惯法规则，则对第三国有拘束力。

更有甚者，有的条约明确给第三国设定义务而无须其同意，这构成条约相对

效力原则的例外。这方面的一个显著例子是《联合国宪章》，它明确规定了非会员国在维持国际和平与安全的必要范围内遵守宪章的原则的义务。另一个最近的例子是1998年《国际刑事法院规约》，其第12条第2款、第121条第5款和第124条对第三国施加了义务。[①]

第四节 条约的解释

一、概念

条约的解释是指对条约的具体规定的正确意义加以剖析、阐明。在法理上，条约的解释有学理解释与官方解释、有权解释与非有权解释之分。官方解释有时成为有权解释，如果解释得到所有缔约方的同意。条约当事国往往预见到在适用条约时可能发生的解释困难，通常就条约的解释作出一定的安排：（1）在条约中规定解释条款，就条约所使用的术语作出解释；（2）附加解释性声明或议定书；（3）明确规定将因条约解释引起的争端交付仲裁或司法解决。

二、条约的解释机关

（一）当事国的解释

条约当事国有权对条约进行解释，因为条约主要是由当事各国缔结的，只有当事国最了解缔约的意思和各项条款的真实含义。根据主权平等原则，每一当事国对条约所作的解释具有同等的价值，都属于官方解释。如果解释是所有当事国全体同意的，这种解释就成为有权解释。

（二）国际组织的解释

国际组织原则上有权解释建立该组织的条约、公约或章程，以及该组织在行使职务时颁发的文件。国际组织的解释仅在该组织的范围内有效。

---

① 参见徐杰：《〈国际刑事法院规约〉与条约相对效力原则》，载《法学评论》，1999（2）。

（三）国际仲裁或司法机关的解释

一些国际公约包含争端解决条款，规定当事国可把因条约解释引起的争端交付仲裁或司法解决。仲裁或司法机关据此而成为有权解释条约的机关。如《联合国海洋法公约》第287条规定，有关公约解释的任何争端在用和平方法仍未解决时，经争议任何一方的请求，应把争端提交国际海洋法法庭、国际法院、仲裁法庭或特别仲裁法庭解决。但是，仲裁或司法机关并不是当然的条约解释机关，只有当事国就条约的解释不能达成协议，诉诸仲裁或司法解决时，仲裁或司法机关才有权解释条约，而且所作解释只对该当事国有拘束力。

三、条约的解释规则

关于条约的解释规则，理论上有很多争议，大致可分为三个学派：主观学派、客观学派和目的学派。1969年条约法公约第31条至第33条对条约的解释规则作出了规定。

1. 条约解释的通则

条约应依其用语，按上下文并参照条约的目的及宗旨所具有的通常意义，善意解释。上下文除条约约文、序言和附件外，还包括：全体当事国之间就该条约的缔结所订立的与该条约有关的任何协定；一个或几个当事国就该条约的缔结所作出的并经其他当事国接受为与该条约有关的任何文件。应与上下文一并考虑的还有：各当事国嗣后所订立的关于该条约的解释或适用的任何协定，嗣后在条约适用方面确定各当事国对该条约解释的意思一致的任何惯例，以及适用于各当事国之间关系的任何有关国际法规则。

2. 条约解释的补充规则

适用上述通则进行解释而意义仍属不明或难解，或导致显然荒谬或不合理时，为确定该用语的意义，可以使用补充的解释资料，包括该条约的准备资料及其缔结的情况，如谈判记录、条约的历次草案和讨论条约的会议记录等。

3. 多种文字认证的条约的解释

除条约规定或该条约各当事国约定在有分歧时以一个特定的约文为准外，每种文字的约文同一作准。以认证作准文字以外的他种文字作成的条约译本，只有在条约有此规定或当事国有此协议时，才能视为作准约文。在各个作准约文中，条约的用语应推定具有相同的意义。如果没有规定以某一特定约文为准且比较各作准约文后发现意义有差别而适用通常的解释方法仍不能消除时，应采用顾及条



约目的和宗旨的最能调和各约文的意义的解释。

第五节　条约的修订

一、概念

条约的修订是指条约当事国在缔结条约后于该条约有效期内更改其规定的行为。条约的修订引起的法律问题主要涉及多边条约，因为双边条约修订中所涉及的谈判、新条约的缔结和生效问题与原条约的谈判、缔结和生效问题所适用的法律规则并无二致。1969年条约法公约中将条约的修订分为修正和修改两种。修正指原条约全体当事国对条约规定的更改；修改则指原条约的若干当事国在彼此之间对条约规定的更改。但是，修正与修改在理论上的区别并不一定导致结果的不同。而且在实践中，修正和修改往往混同，并无严格的区分。

条约的修订通常发生于已生效且在有效期内的多边条约。尚未生效的条约是否可以修订？从国际实践来看，是可以的。如在《联合国海洋法公约》生效前，该公约第十一部分（“区域”）实际上被1994年《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》所修订。

二、条约的修订原则和程序

条约可以由当事国之间另订条约加以修订，也可以由各当事国嗣后的实践加以修订。1969年条约法公约第39条规定，条约得以各当事国之间的协定予以修正。这项原则既适用于双边条约的修正，也适用于多边条约的修正。根据该公约第40条，多边条约的修正依下列程序：（1）在全体当事国间修正多边条约的提议，必须通知全体缔约国，各该缔约国均有权参加对此种提议采取行动的决定以及修正该条约的任何协定的谈判和缔结；（2）凡有权成为该条约当事国的国家也应有权成为修正后的该条约的当事国；（3）修正该条约的协定只对修正协定的各当事国有拘束力；（4）修正协定生效后成为该条约当事国的国家，如无不同的意思表示，应视为修正后的该条约的当事国；在其与不受修正协定拘束的该条约当事国的关系上，应视为未经修正的该条约的当事国。

多边条约一般都有修正条款，具体规定修正的程序、生效的条件及效力。如《联合国宪章》第 108 条规定，本宪章之修正案经大会会员国 2/3 表决并由联合国会员国 2/3，包括安理会全体常任理事国，各依其宪法程序批准后，对于联合国所有会员国发生效力。

对于多边条约的修改，1969 年条约法公约第 41 条规定，必须是条约内有这种修改的规定，或者该项修改不为条约所禁止，而且不影响其他当事国的权利和义务，同时该项修改也不涉及有效实现整个条约的目的和宗旨。拟修改条约的当事国应将修改的意思和修改的内容通知条约的其他当事国。

第六节 条约的无效、终止和暂停施行

一、条约的无效

（一）条约无效的理由

条约的无效是指条约丧失其有效条件而不具有拘束力。根据 1969 年条约法公约第 46 条至第 53 条的规定，条约无效有以下几种情况：

1. 违反国内法关于缔约权的规定。各国国内法，主要是宪法，都载有一些限制缔约权的规定。缔约国可以援引违反这些规定作为条约无效的根据。但是，这种违反必须是显而易见的，且违反的是具有根本重要性的国内法规则。此外，缔约代表违反缔约权限，如果在代表表示其国家同意受条约拘束前将缔约权的特定限制通知其他谈判国，该国也可以主张条约无效。

2. 错误。如果条约内存在错误，且此项错误涉及一国于缔约时假定为存在并构成其同意受条约拘束的必要根据的事实或情势，该国可以援引错误撤销其同意。但是，如果错误是由该国本身的行为所造成，或当时情况足以使该国有知悉错误的可能，该国则不能援引错误作为撤销其同意的理由。如果只是条约使用的字句的错误，条约的效力不受影响，当事国可对错误予以更正。

3. 诈欺。如果条约是因一谈判国的诈欺而缔结的，另一国可以援引诈欺为理由而主张条约无效。

4. 贿赂。如果一国受条约拘束的同意是由于另一谈判国直接或间接贿赂其代表而取得的，该国可以援引贿赂主张条约无效。

5. 强迫。真正同意是条约有效的一个条件。通过行为或威胁对一国代表实施强迫而取得该国同意受拘束的条约，以及违反《联合国宪章》中所包含的国际法原则以武力威胁或使用对一国实施强迫而缔结的条约无效。国际法院在1973年"渔业管辖权案"中明确接受了这一规则。至于通过政治或经济压力强迫一国缔结的条约，显然也应该是无效的。

6. 与强行法冲突。条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。但如果条约本身具有更改强行法规则所需的性质，该项条约就不是无效的。而且，条约与缔结当时存在的强行法规则不相抵触者，自然也是有效的，因此，强行法规则没有追溯效力。

不平等条约是否无效？国际上没有一致接受的意见，1969年条约法公约也没有规定。按照现代国际法，不平等条约是无效的。

（二）条约无效的后果

条约无效有相对无效和绝对无效两个方面。相对无效的条约并非自动失效，而是可以失效；绝对无效的条约则是自动失效。强迫、违反强行法的条约绝对无效。

条约被确定无效后，其规定无法律效力，而且它们自始无效，而不仅仅是从援引或确定失效之日起无效。

二、条约的终止和暂停施行

条约的终止是指一个有效的条约由于法定的原因而终止其所发生的法律效果的法律情况。条约的暂停施行是指暂时停止条约所发生的一些法律效果的法律情况。这二者的区别在于：终止后条约不再对当事国产生法律效果；而暂停施行后条约可以恢复对当事国的法律效果，并非永久停止。

条约的终止和暂停施行与条约无效的区别也是清楚的：条约的无效是由于条约具有原始的瑕疵引起的，且自始不能产生国际法所承认和保证的那些法律效果；而条约的终止或暂停施行是业已生效的条约由于法定原因引起其发生的法律效果终止或暂时停止。

（一）条约终止和暂停施行的原因

根据1969年条约法公约第54～64条的规定，条约终止和暂停施行的原因可以概括为三个方面：

1. 条约规定终止或暂停施行

按照缔约自由的原则，缔约国有权在条约中约定终止或暂停施行的任何原因。在实践中，条约为其本身的终止所规定的原因有：（1）条约期满。有效期届满的条约，若无延长之行为，则自动失效。（2）条约解除条件成立。如《防止及惩治灭绝种族罪公约》第15条规定，该公约在其缔约国数目不足16国时，自最后一项解约通知生效之日起失效。（3）单方面解约或退出。单方面解约多用于双边条约。双边条约的一个当事国提出解约，如对方在一定期限内不提出反对，该条约即终止。而单方面退出多用于多边条约。多边条约的一个当事国提出退约，如果其他国家在一定期限内不提出反对，该条约对退出方终止其效力，而对其他当事国继续有效。

条约中明文规定暂停施行的条款不多，比较常见的如国际组织的组织文件中暂停会员国资格条款以及有关人权的条约中暂停履行部分义务条款。

2. 条约当事国嗣后共同同意该条约终止或暂停施行

条约的全体当事国于缔约后可以共同同意终止或暂停施行条约。共同同意可以是明示的，也可以是默示的。明示的共同同意是由原条约全体当事国另订一条约，或在该另订条约的一个条款中明文规定将原条约终止或暂停施行。默示的共同同意通常发生于后订条约默示地终止或暂停施行前条约的情况。

3. 一般国际法上条约的终止或暂停施行

（1）条约嗣后履行不能。条约缔结后，如果实施条约所必不可少的标的物永久消失或毁坏以至于不可能履行时，当事国可以以此为理由终止或退出条约。如果不可能履行属于暂时的性质，当事国只能暂停施行条约。但是，不可能履行如果是该当事国违反条约义务，或违反对条约其他方所承担的任何其他国际义务的结果，该当事国则不能依此项理由终止或暂停施行条约。

（2）条约长期不适用。条约缔结后，如果一方长期不适用，其他方也不提出异议，默认这种状况继续下去，条约就可以终止。

（3）嗣后出现与条约不相容的强行法规则。强行法规则无追溯效力。因此，一个在缔结时与当时存在的强行法规则不相冲突的条约缔结后，出现一个与之不相容的新强行法规则时，该条约自新强行法规则产生之时起成为无效而终止。

（4）条约履行完毕。有的条约的目的在于执行一项具体的义务，一旦该项义务执行完毕，条约的目的即达到，因而条约就终止。

（5）情势根本变更。情势根本变更是条约法上的一项原则，它是指在缔结条约时有个假定，即条约的有效以缔约时所能预见到的情势不变为条件；如果情势

发生根本变化，缔约国有权终止、退出或暂停施行条约。但是，所变更的情势必须是缔约时存在的，这些情况的存在构成各当事国同意受条约拘束的必要基础；而且所发生的变更必须是各当事国未能预见的，并将根本改变依据条约尚待履行的义务的范围。边界条约或情势根本变更系当事国违反条约义务或违反对其他当事国所负的任何其他国际义务所致，均不得以情势根本变更为由终止、退出或暂停施行条约。

(6) 违约。条约一当事方违反条约，他方可以终止或暂停施行该条约。但违反必须是重大的。重大违约是指废弃条约，而此种废弃非1969年条约法公约所准许；或违反条约规定，而此项规定是实现该条约的目的和宗旨所必要的。

(7) 单方面解约或退出。如果条约本身无单方面解约或退出的规定，但依各缔约国的原意和该条约的性质推定有解约或退出的可能性或权利，则缔约国可以解约或退出。

(8) 断绝外交或领事关系。缔约国间外交或领事关系的断绝并不影响彼此间由条约确定的法律关系，但是外交或领事关系的存在是适用条约所必不可少的则成为例外。

(9) 战争。战争对条约的影响依条约的性质和缔约国的意向而定。有些条约随战争的爆发而终止或暂停施行，如政治、经贸性条约。但有些条约继续有效，如边界条约、建立客观制度的条约、关于战争法规的条约等。

(二) 条约终止和暂停施行的后果

条约当事国如果在条约或其他协议中约定了终止和暂停施行条约的后果，则适用已取得同意的后果。否则，条约的终止解除当事国继续履行条约的义务；条约的暂停施行解除暂停施行条约的当事国于暂停期间在彼此关系上履行条约的义务，而不影响其他缔约国之间的法律关系。

【课堂讨论案例】

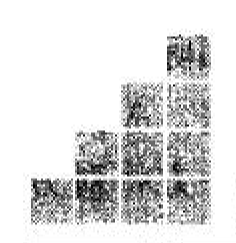
AB两国是联合国会员国。A国内战结束后，根据一个独立调查委员会的报告，安理会决议根据《联合国宪章》第七章采取行动，设立一个国际刑事法庭，起诉应对A国内战中发生的严重违反国际人道法的行为负责的人，并要求所有国家与法庭合作，将被指控的嫌疑人移交给法庭。法庭在一份秘密名单中指控A

国陆军参谋长甲对A国A1村数百平民被杀负有责任。当甲出席B国国际战略研究所举行的一个国际学术会议时，B国根据法庭请求逮捕甲并移送法庭。A国提出强烈抗议，指责B国违反两国间的引渡条约，因为该条约禁止任何一方将对方的国民引渡给任何第三方，并因此宣布废止引渡条约。

请结合本章内容，思考下列问题：

(1) B国的做法是否正当？为什么？

(2) A国废止条约的行为是否正当？为什么？





第十一章 国际组织法



本章概要

政府间国际组织是国家间多边合作的一种稳定的法律形式。国际组织法规定国际组织本身的运行规则和程序，确定国际组织与其成员国之间的法律关系。各种类型的国际组织都是依基本文件创立和运行，其成员主要是国家，通常设有最高权力机关、执行机关和行政机关三级机构。联合国构成国际协调的中心，它不仅本身有完整的组织结构，而且专门性国际组织是其大家庭的成员，另外还与区域性组织建立联系，使非政府组织可以参与其某些活动。

关键术语

国际组织　国际联盟　联合国　欧洲联盟　上海合作组织　安全理事会　大国一致原则　联合国专门机构　区域性国际组织　非政府组织



第一节 概 述

一、国际组织与国际组织法

一般地说，凡是由两个以上的国家，或其政府、民间团体或个人基于某种目的、依据协议而创设的各种机构，都可称为国际组织。由国家或其政府所创立的国际组织称为政府间国际组织；由不同国家的民间团体、个人创立的国际组织称为非政府间国际组织（简称非政府组织）。国际法上的国际组织指政府间国际组织。这种国际组织是若干国家为实现特定目的，依据条约而建立的一种国家联盟或国家联合体。根据这个定义，国际组织通常具有以下基本特征：

1. 国家之间的组织。国际组织是主权国家建立的，其参加者也主要是国家。国际组织建立在国家之间而非凌驾于国家之上。因此，国际组织不能违反国家主权原则去干涉在本质上属于成员国国内管辖的任何事项。

2. 依据国家间的多边条约而创立。国家间的多边条约是国际组织据以成立的法律基础。国际组织的主要机构、职权、活动程序以及成员国的权利与义务，都必须以该条约为依据，不得违反。

3. 设有一套常设组织机构。国际组织为实现其目的和宗旨，设有一套承担一系列职能的常设机构。组织机构的制度化是国际组织不同于国际会议的主要特点。

4. 自主性。国际组织一经成立，即具有自主性，它不是任何国家的附属机构，也不听命于任何国家的指示，而独立地按其组织原则和运行程序行事。

国际组织的出现和发展给国际法带来了很大变化：国家已不再是国际法唯一的主体，国际组织在一定范围内也成为国际法的主体；形成了许多新规则、新习惯。这些与国际组织有关的新规则、新习惯逐步发展成为国际法的一个重要部门——国际组织法。国际组织法就是用以调整和规范国际组织内部及对外关系的原则、规则和制度的总称，其内容涉及国际组织的法律地位、参与者、组织结构与职权、议事规则与表决制度、组织决议的效力和实施等。

二、国际组织的历史发展

国际组织作为国际合作的组织形式，出现于近代。独立主权国家的多国家体系的形成及对国家间多边交往的需求是国际组织产生的两个先决条件。这两个条件在19世纪的欧洲已大致具备。当时流行于欧洲的两个趋势构成了国际组织形成发展的直接渊源。第一个趋势是以"欧洲协调"为标志的国际会议制度。自1815年维也纳会议始，欧洲列强以会议方式协商处理欧洲或与欧洲相关的重大问题的多边外交机制，持续了整整一百年。这种多边协商制度为国际组织奠定了外交和法律基础。第二个趋势是国际行政联盟的出现。工业革命扩大了国际协作的范围。出于解决跨国性技术、行政问题的需要，一种比较稳定的组织形式——国际行政联盟出现了。历史上最早的国际行政组织是1815年的莱茵河委员会。随后，一大批关于农业、铁路、关税、电报、邮政、商标、版权、度量衡制度和公共卫生等方面的行政性、技术性组织纷纷成立。这些国际行政组织建立了比较完善的常设机构，改进了各种程序规则，为国际组织的建立提供了必要的法律框架。

如果说19世纪是国际组织准备和初步发展时期，那么20世纪则是国际组织的大发展时期。国际联盟和联合国是这一时期的代表。

1919年，在第一次世界大战中战胜的协约国在巴黎集会，通过了《国际联盟盟约》。1920年1月10日，国际联盟宣告成立。这是人类历史上第一个一般政治性国际组织。

国际联盟以促进国际合作、保持国际和平与安全为宗旨，设有大会、行政院和秘书处三个主要机关。会员国分为创始会员国与加入会员国两类。由于国际联盟本身的缺陷以及为少数大国所操纵，它未能有效地维持国际和平与安全。经过第二次世界大战，1946年4月，国际联盟宣告解散。

国际联盟在集体安全方面的失败并没有熄灭人类对国际和平与安全的希望之火。第二次世界大战结束后，一个新的一般政治性国际组织——联合国建立了起来。联合国的建立可追溯到1941年英美两国首脑共同发表的《大西洋宪章》。1942年，中国、前苏联、美国、英国等26个国家在华盛顿签署了共同抗击德、意、日法西斯的《联合国家宣言》。1943年，中国、前苏联、美国、英国四国代表在莫斯科会议上发表了《关于普遍安全的宣言》（又称《莫斯科宣言》），第一次正式提出创建联合国的建议。1944年秋，上述四国代表在华盛顿的敦巴顿橡树园召开会议，进行创建联合国的准备工作。会议通过的《关于建立普遍性国际组织的建议案》规划了未来国际组织的蓝图，并建议这个新组织命名为"联合

国”。1945年2月，前苏联、美国、英国三国首脑的雅尔塔会议就安理会表决程序问题达成协议，形成了所谓“雅尔塔方案”，为联合国的创立铺平了道路。

1945年4月25日，“联合国家关于国际组织的会议”在旧金山召开，共50个国家的代表出席了会议。在敦巴顿橡树园建议案、雅尔塔方案及各国提出的修正案的基础上，经过两个月的激烈讨论，6月25日，与会代表一致通过了《联合国宪章》。1945年10月24日，《联合国宪章》生效，联合国正式宣告成立。

以联合国的建立为标志，国际组织发展到另一个新阶段。这突出地表现在国际组织的发展出现了如下特点：

（1）国际经济组织、区域性组织迅猛发展，国际组织的数量急剧增加。目前各种类型的政府间组织达数千个，其中90%以上是在第二次世界大战后建立的。

（2）国际组织的活动范围包罗万象。从解决贸易争端到维护区域和平、从赈灾救难到艾滋病的防治、从全球的环境污染控制到人权的国际保护，上至外层空间，下及海床洋底，但凡国际生活的各个方面，都有相关国际组织的存在。

（3）国际组织的作用加强。国际组织在维护国际和平与安全、促进国际经济合作等方面对国家有重大影响。当今世界上任何全球性与区域性重大问题的处理，如果没有相关国际组织的参与，很难获得圆满解决。“它们（国际组织）已经深深地融入成员国的有序运作之中，以至于这些成员国想要恢复某种行动自由而放弃国际合作成为几乎不可能的事。”[①]

三、国际组织的类型

现代国际组织名目繁多，职能各异，其分类在国际上没有统一的标准和方法。较常见的分类方法有：

1. 依据组织同政府的关系，可分为政府间组织与非政府间组织。一般地说，前者成员为成员国政府，即代表主权国家的政府；而后者通常是非官方的、民间的社会、经济、宗教或专业性团体。

2. 依据组织成员的构成范围，可分为普遍性组织与区域性组织。前者以全世界为活动范围，其成员资格向所有国家开放。最重要的普遍性组织就是以联合国为中心的“联合国体系”，即联合国本身和18个专门机构。后者的成员限于一定区域或一定意识形态的国家，如美洲国家组织。

3. 依据组织的职能，可分为一般性国际组织与专门性国际组织。前者具有

① 转引自饶戈平：《试论国际组织与国际组织法的关系》，载《中外法学》，1999（1）。

政治、经济、文化、社会和军事等方面的广泛职能；后者只具有专门化的职能，如各种行政性、技术性组织。

4. 依据组织与成员国主权的关系，可分为政府间组织与超国家组织。前者以成员国的主权和独立为前提，通过互相合作来实现共同目的。后者则限制成员国部分主权的行使，能制定约束成员国及其公民的法律。欧洲联盟就是这种组织的范例。

四、国际组织的法律地位

国际组织是国际人格者，这在国际法理论上和实践中都是确定无疑的。国际组织的国际人格表现为国际组织具有实现其目的和达成其宗旨所必要的权利能力和行为能力。这具体体现在以下方面：

1. 缔约权。国际组织的缔约权在1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》中得到明确承认。在实践中，国际组织与国家或其他国际组织订立了条约或协定，如国际组织间的关系协定。此外，国际组织还主持制定了很多多边条约，尽管它并不一般地成为条约的缔约方。

2. 对外交往权（使节权）。国际组织可以和成员国、非成员国或其他国际组织互派常驻或临时使节。但是，国际组织的使节权不同于国家的使节权。国家的使节权建立在国家平等的基础上，而国际组织的使节权往往不要求对等。

3. 承认与被承认的权利。国际组织一般通过接纳成员国或观察员、订立协定或邀请参加组织的会议等方式，表示对一个国家、政府、民族解放运动或其他国际组织的承认。但是，国际组织的承认并不构成其成员国的集体承认。当成员国国内同时出现两个或两个以上政府，并都声称拥有该国在国际组织的代表权时，国际组织只能承认其中一个。国际组织一般以接受全权证书的方式来决定对有关政府的承认。国家接受国际组织的章程，加入该组织，或向该组织派遣观察员，都是以对该组织的承认为前提的。

4. 国际索赔和国际责任。国际组织有权对侵害其利益的国家提出国际索赔。国际法院在1949年"关于为联合国服务而受损害的赔偿案件"的咨询意见中肯定了国际组织的国际索赔权。同时，根据权利义务对等原则，国际组织必须对损害国家或其国民利益的行为承担国际责任。[1] 国际组织在外层空间发射活动中如

---

① 国际法委员会目前正在对"国际组织的责任"专题进行研究。至2007年，委员会暂时通过了包含45条的《国际组织的责任条款草案》案文。

果给有关国家或其国民造成损害，有关国家有权向其提出索赔要求。

5. 特权与豁免。国际组织及其工作人员以及成员国的代表享有一定的特权与豁免。这种特权与豁免，有的规定于国际组织的基本文件中；有的规定于国际组织与东道国签订的双边协定中，如总部协定、东道国协定；有的则规定于多边条约中，如《联合国特权与豁免公约》、《联合国专门机构特权与豁免公约》。在法理依据方面，关于国际组织的特权与豁免有两种主张：职能必要说和代表性说。有关国际公约的规定就是以这两种学说为依据的。

国际组织的特权与豁免依其性质和职能而异。联合国享有较高的特权与豁免，包括司法豁免权、会所与房舍不可侵犯权、档案文件不可侵犯权、通信便利和免纳捐税等。联合国专门机构的特权与豁免低于联合国的标准。国际经济组织的特权与豁免通常限于执行职务所必要的范围。至于国际组织的工作人员的特权与豁免，则限于独立执行其职务的范围。常驻代表通常享有外交使团的特权与豁免。

必须指出，国际组织的法律人格不是其本身所固有的，而是来自主权国家在创立该组织的基本文件中的授予。因此，国际组织的法律人格无论是明示授权说还是暗含权力说，都不能与国家的法律人格相提并论，它只是派生的、有限的，其权力与活动都不能超越组织的基本文件所规定的职权范围。

第二节　国际组织的一般制度

一、基本文件

国际组织赖以建立和进行运作的、由各成员国政府缔结的条约或特别协议，统称为国际组织的基本文件、组织约章或组织法。基本文件通常是一个独立的法律文书，但也可以是一项公约或条约的一部分，甚至可以是普遍性国际组织的一项特别决议。

基本文件有不同的名称，如宪章、规约、盟约、公约、条约或协定等，其规定的都是各该组织的宗旨、原则、法律地位、组织结构、职权范围、议事规则、成员国权利和义务等。基本文件本质上属于多边条约，对国际组织本身及成员国有法律拘束力。而创立普遍性国际组织的条约往往还规定有国际社会需要共同遵

守的一般性规则。

国际组织的基本文件具有不同于一般条约的特征：首先，它不仅规范成员国之间的权利、义务，而且创立新的国际法主体，即国际组织自身的法律人格。其次，基本文件限制甚至禁止成员国对文件作出保留。再次，为维护组织的稳定，许多国际组织的基本文件都不对成员国的退出问题作出明确规定。最后，基本文件即使没有关于修订的规定，国际组织于必要时也可以对其职能作相应调整、变动。

二、参与者

国际组织的参与者是指参与国际组织的活动，并在其中享受权利、承担义务的国际法主体及某些非主权的地区实体。国家是国际组织的主要参与者。除此之外，有些国际组织还允许国家的政府部门、非主权实体、国际组织作为它的成员。

（一）会员资格

根据国际组织参与者本身的地位及承受的权利、义务的不同，在会员资格方面可分为五种类型：完全会员、准会员、部分会员、联系会员和观察员。

1. 完全会员。正式成为国际组织成员者，为完全会员。国家是主要的完全会员，多数国际组织的基本文件都规定只有国家才享有会员资格。但少数国际组织允许尚未独立的殖民地及民族解放组织成为它的成员，甚至有国家的一部分成为国际组织成员的情况。某些专业性国际组织允许政府的相关部门成为其完全会员，如世界气象组织、国际刑警组织。在少数情况下，国家集团或国际组织也可以成为国际组织的完全会员。

完全会员在国际组织内的地位平等。除组织的基本文件特别规定外，它们享有同样权利并承担同样义务。

2. 准会员。在国际组织内其权利受到限制者，为准会员。准会员资格通常赋予非自治领土。随着非自治领土获得独立，国际组织中不再有这类准会员。有些国际组织允许非主权实体成为其准会员，如香港是联合国亚太经济社会委员会、亚太电讯组织的准会员。一些区域性组织允许区域外国家成为其准会员，如美国和加拿大曾以准会员资格加入欧洲经济合作组织。一般而言，准会员除在国际组织的重要机构中没有表决权、选举权和被选举权外，享有与完全会员基本相同的权利、义务。

3. 部分会员。有些国际组织允许非会员国成为其下属机构的正式成员，称为部分会员。如瑞士曾经虽不是联合国的会员国，但却是国际法院的当事国，并且参加了联合国儿童基金会和联合国贸发会议的工作。澳大利亚与新西兰在成为经济合作与发展组织的正式会员前，曾分别参加了该组织下属的发展援助委员会与农业委员会的工作。部分会员的权利、义务通常限于其参加的机构内。

4. 联系会员。有些专门性国际组织设有联系会员。联系会员多为非主权领土或非政府组织，如香港是国际海事组织的联系会员，而世界旅游组织的联系会员多为非政府组织。联系会员通常以观察员身份出席组织的大会，没有表决权。

5. 观察员。大多数国际组织接纳观察员参与其活动。非成员国、民族解放组织、其他政府间组织、非政府组织，甚至个人都可以成为国际组织的观察员。观察员通常是临时邀请的，但也有常设的，如非联合国会员国、国际组织及民族解放组织在联合国总部设有常驻代表团。观察员能出席国际组织的有关会议，提出本国政府、派出组织或个人的意见，但一般没有发言权和表决权。

（二）会员资格的取得

国际组织会员资格的取得有两种方式：创始取得与纳入取得。凡是参与创立国际组织的国家，为创始会员国；凡是成立后加入的国家，为纳入会员国。纳入会员国必须满足一定的条件和经过一定的程序。各国际组织的加入条件和接受程序因其性质不同而不尽相同。在法律上，创始会员国与纳入会员国没有什么区别。

（三）会员资格的暂停和丧失

国际组织的会员资格可因退出或被开除而丧失，也可因某种原因而被暂停。但为维护组织的完整性和代表性，国际组织的基本文件往往不对退出问题作出明确规定。

三、组织机构及职能

国际组织的基本特征之一在于它的制度化。这种制度化表现为它们有完整的组织机构及职能。虽然各国际组织的机构数目和名称各异，但一般都设有三级机构：最高权力机关、执行机关和行政机关。有的国际组织还设有司法机关。

1. 最高权力机关。由全体会员国组成，一般称为大会、代表大会或全体会议，在某些国际经济组织中则称为管理董事会。最高权力机关由会员国派代表团或代表参加。如果参加的代表是国家元首、政府首脑或政府部长，则分别称为首脑会议或部长会议。

最高机关的职能是讨论、审议其职权范围内的任何问题与相关事项，以及组织内其他机构的职权，并就重大问题作出决议，制定本组织的方针、政策，接纳新成员国，选举有关机构的成员，审议有关机构的年度报告，审核本组织的预算和决算，以及修改基本文件等。

2. 执行机关。由一定数目的成员国组成，除非经选举的外，其名额依地域公平分配原则确定，经由最高机关选举产生，通常称为理事会、执行局、执行委员会或董事会等。

执行机关的职能是负责具体执行组织所承担的专门性任务。执行机关就其职权范围内的事项作出的决议和决定，有的对所有会员国有拘束力。

3. 行政机关。由行政首长和若干工作人员组成，通常称为秘书处。行政首长一般称为秘书长或总干事，有些国际经济组织中称为执行总裁或主席。秘书长是国际组织的最高行政首脑和对外代表，由最高权力机关选举产生，有的还需执行机关的推荐。秘书长和秘书处其他高级职员均以个人身份担任国际公务员，为本组织服务，不得寻求或接受任何政府或本组织以外的任何当局的指示。

秘书处的职能是负责处理国际组织的行政管理事务，如提供会议场所，发放、复制、翻译文件，对内负责行政管理，对外代表该组织参与国际活动等。

四、议事规则

国际组织的主要机构为履行其职能和保持其正常运作，需要举行会议，就有关问题作出决议。国际组织主要机构的会议通常有常会和特别会议两种形式。常会是定期举行的会议，特别会议由大会决定或由组织的某一机构或应一定数目会员国的请求而召开。此外，还可依一定程序召开紧急特别会议。

会议就其议程所列事项进行讨论和审议，并通过表决作出决议。表决是国际组织决策程序的核心。各国际组织的表决制度不尽相同，大致有四种：

1. 一致同意。该表决制度是指组织内所有成员国都平等地享有一个投票权，组织的决议须经出席会议并参加投票的会员国一致同意方可通过。一致同意制建立在国家主权平等的基础上。但是，它过于强调成员国的个别意志，实际上赋予

每一成员国以否决权。第二次世界大战后的国际组织很少采用此制度，只有少数组织仍坚持适用。

2. 多数表决。现在大多数国际组织都采用多数表决制。这种表决制度在坚持一国一票的基础上，以出席并参加投票的成员国的多数同意通过组织的决议。多数表决有简单多数与特定多数两种。前者指决议只需过半数会员国的同意票即可通过，主要适用于程序性事项或其他不很重要的决议。后者指决议的通过必须获得所规定的超过半数的多数同意，通常适用于一些重要问题的决议。特定多数根据表决事项的性质有 2/3、3/4、4/5 等多种形式。

3. 加权表决。该表决制度是指根据一定标准，给予成员国不同数量或不同等质量的投票权，即所谓加权投票权。加权的标准包括人口、出资额、贡献与责任或其他能够显示在该领域重要性的指标。加权表决制主要适用于国际经济、金融组织，实践中有五种模式：（1）加重投票权与基本投票权结合；（2）集团投票制；（3）国际农业发展基金模式；（4）欧洲联盟模式；（5）联合国安理会模式。

加权表决制被认为违背国家主权平等原则，所以从其产生之日起就遭到非议。但它在许多国际组织中仍然适用，说明有其存在的合理性。承认这种制度的客观存在并加以必要修正，如增加发展中国家基本票，是保证更多国家平等参与、改变决策程序中事实上不平等的有效途径。

4. 协商一致。该表决制度是指成员国之间通过广泛协商取得一致合意，不经投票即通过决议。协商一致是国际组织和国际会议在 20 世纪 60 年代发展起来的一种新的决策方式。这种方式的优点是灵活、实用，但往往耗费时间，所以实践中并不经常采用。

五、决议

国际组织的决议是指组织的各机构依议事规则以书面形式通过的决定。决议有不同的名称，如决定、命令、规则、声明、宣言或公约等。这些决议的法律效力取决于通过该决议的机构的职权和该决议本身所包含的实质性内容。一般而言，国际组织通过的有关本组织内部秩序的决议（或称内部决议）具有拘束力，如各机构的议事规则、选举、预决算、接纳和开除会员国、人事任免等。国际组织的大会通过的决议多是建议性的，无拘束力；而国际组织的执行机关通过的带有执行性的决议，则有拘束力。如《联合国宪章》第 25 条规定，联合国会员国同意依宪章的规定接受并履行安全理事会的决议。

第三节 联合国体系

一、联合国的宗旨和原则

联合国是当今世界上最具普遍性、代表性和权威性的一般政治性国际组织。《联合国宪章》第 1 条规定联合国的宗旨有四项：(1) 维持国际和平与安全。为达到此目的，该宪章规定了两项方法，即“采取有效集体办法，以防止且消除对于和平之威胁，制止侵略行为或其他和平之破坏”；“以和平方法且依正义及国际法之原则，调整或解决足以破坏和平之国际争端或情势”。该宪章第六、七章分别对这两项办法的实施作了具体规定。(2) 发展各国间的友好关系。其基础是“尊重人民平等权利及自决原则”。(3) 促进国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题，并促进对人权的尊重。该宪章第九至十三章对此作了具体规定。(4) 构成协调各国行为的中心。

为实现联合国的宗旨，《联合国宪章》第 2 条规定了联合国本身及其会员国应遵守的七项原则：(1) 国家主权平等；(2) 善意履行宪章义务；(3) 和平解决国际争端；(4) 禁止武力威胁或使用武力；(5) 协助联合国行动；(6) 保证非会员国遵守上述原则；(7) 不干涉国家内政。其中，(1)、(2)、(3)、(4) 和 (7) 项原则构成国际法的基本原则，具有强行法的性质。

二、联合国的会员国

1. 会员资格的取得

联合国是主权国家之间的组织，其会员国有创始会员国与纳入会员国两种。凡参加旧金山会议或以前曾签署 1942 年《联合国家宣言》的国家，签署宪章并予以批准的，均为创始会员国。这类国家有 51 个。其他按《联合国宪章》的规定被接纳的国家，均为纳入会员国。《联合国宪章》第 4 条规定，凡其他爱好和平的国家，接受本宪章所载义务，经联合国组织认为确能并愿意履行这些义务的，都可以成为联合国的会员国。符合上述条件的国家，经安理会推荐，大会以 2/3 的多数表决通过，即被接纳为会员国。联合国现有 192 个会员国，绝大多数

是纳入会员国。纳入会员国与创始会员国在权利、义务上完全相同。

中国是联合国的创始会员国。新中国成立后，中华人民共和国中央人民政府作为全中国唯一合法政府，理所当然地享有在联合国的一切合法权利。但是，由于美国的阻挠，中国在联合国的代表权被无理剥夺达二十多年。直到1971年10月25日，第26届联合国大会以压倒多数通过“恢复中华人民共和国在联合国组织中的一切权利”并将蒋介石的代表从联合国的一切机构中驱逐出去的第2758号决议，中国在联合国的代表权才在政治、法律和程序上得到彻底解决。

2. 会员资格的暂停和丧失

会员国如不履行《联合国宪章》义务，其资格可能被暂停或被除名。对于安理会采取防止或强制行动的会员国，大会可根据安理会的建议中止该会员国的权利和特权之行使[①]；拖欠联合国经费摊款的会员国，其数目如等于或超过前两年应缴纳的总数，即丧失在大会的投票权。当会员国屡次违反《联合国宪章》所载的原则时，大会经安理会的建议，得将该会员国从本组织中除名。《联合国宪章》没有关于会员国退出而丧失其资格的明确规定。在联合国历史上曾发生过会员国暂时退出的情况[②]，但它从未承认为会员国的正式退出。

三、联合国的主要机关

联合国为实现其宗旨，设有六个主要机关：大会、安全理事会、经济及社会理事会、托管理事会、国际法院和秘书处。各主要机关为执行职务还可设立各种辅助机关。

1. 大会

大会由联合国全体会员国组成。每一会员国出席大会的代表不超过5人。大会下设六个主要委员会、两个程序委员会（总务委员会和全权证书委员会）和若干特别委员会。

大会具有广泛的职权，它可以讨论《联合国宪章》范围内或有关联合国任何机关的职权的任何问题或事项；除安理会正在处理外，可向会员国或安理会提出关于这些问题或事项的建议。具体地说，大会职权主要包括：审议为维持和平与安全进行合作的一般原则，并可提出建议；讨论会员国、安理会或非会员国向它

---

① 例如，由于对内坚持种族隔离制度，对外坚持对纳米比亚的非法占领，1970年南非被中止出席联合国大会资格。1994年6月23日，联合国大会通过决议，恢复南非的大会席位。

② 印度尼西亚曾于1965年1月退出联合国，但于次年9月又恢复了在联合国的活动。

提出的有关和平与安全的任何问题，并可提出建议；提请安理会注意足以危及国际和平与安全的情势，并建议和平解决的措施；发动研究并提出建议，促进政治、经济、社会等方面的合作，协助实现全人类的人权和基本自由；鼓励国际法的逐渐发展与编纂；接受并审议联合国和其他机构的报告；选举安理会、经社理事会、托管理事会的须经选举的理事国；和安理会各自选举国际法院的法官；根据安理会的推荐委任联合国秘书长和接纳会员国；根据安理会的建议中止会员国的权利或开除会员国；在非战略地区执行联合国的托管职能；审议、批准联合国的预算，分配会员国的经费负担，审查各专门机构的行政预算等。

大会每年举行常会一次，通常在9月的第三个星期二开幕，12月25日前闭幕。如果议程没有审议完毕，在次年春天继续举行。必要时，秘书长经安理会或过半数会员国的请求，可召开特别会议或紧急特别会议。

大会实行一国一票制。对于重要问题的决议，以出席并参加投票的会员国的2/3多数通过；对其他问题的决议则以简单多数通过。

大会主要是一个审议和建议的机关，在一定意义上具有世界议会的性质。它无权迫使任何一国政府采取任何行动，而只能以建议形式表达国际舆论，发挥重要影响。大会与安理会一道在联合国各主要机关中居于中心地位。

2. 安全理事会

安理会是联合国六个主要机关中处于首要政治地位的机关，由中国、法国、前苏联（现为俄罗斯）、英国、美国5个常任理事国和10个非常任理事国组成。非常任理事国由联合国大会按地区分配名额以2/3多数票选出，任期2年，交替改选，每年改选5个。改选时不得连选连任。每一理事国应有代表常驻联合国总部。安理会下设军事参谋团①、两个常设委员会（专家委员会和接纳新会员国委员会）和其他辅助机构。②

安理会是对维持国际和平与安全负有主要责任并唯一有权采取行动的机关，其重要职权包括：

（1）在和平解决争端方面，它可以促请争端各当事国用和平方法解决争端；可以调查任何争端或情势，以断定其继续存在是否足以危及国际和平与安全；对于上述性质的争端或情势，可以在任何阶段建议适当的调整程序或方法；任何会员国、一定条件下的非会员国、大会或秘书长均得提请安理会注意可能危及国际

---

① 联合国秘书长建议取消军事参谋团。参见联合国秘书长2005年报告：《大自由：实现人人共享的发展、安全和人权》，A/59/2005。

② 如前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和联合国赔偿委员会。

和平与安全的争端或情势。

（2）在维持和平与制止侵略方面，它应断定任何对和平的威胁、破坏或侵略行为是否存在；为防止情势恶化，在建议或决定采取强制措施前，可促请有关当事国遵行安理会认为必要或适当的临时措施；可以决定采取武力以外的措施，以实施其决议，并促请会员国协同执行。此项措施包括局部或全部停止经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电和其他交通工具，以及断绝外交关系；如上述措施不足或已经证明为不足时，可采取必要的空海陆军行动，包括会员国的空海陆军示威、封锁和其他军事举动，以维持或恢复国际和平与安全。为此，安理会可要求各会员国依所商订的特别协定，提供为维持国际和平与安全所需的军队、协助和便利。会员国应通力合作，彼此协助，以执行安理会所决定的措施。

（3）安理会还负责拟定军备管制方案；在战略地区行使联合国的托管职能；建议或决定为执行国际法院判决所应采取的措施；同大会平行选举国际法院的法官；向大会推荐新会员国或联合国秘书长；向大会建议中止会员国的权利或开除会员国。

安理会的会议有常会和定期会议两种。常会由安理会主席在他认为必要时随时召集各常驻代表举行，但两次会议的相隔时间不得超过14天。同时，应有关方面请求，安理会主席也应召开会议。定期会议每年举行两次，时间由安理会自行决定。

安理会每个理事国享有一个投票权。对于程序性事项的决定，以9理事国的可决票表决之。对于非程序性事项的决定，则以9理事国的可决票包括全体常任理事国的同意票表决之。这就是“大国一致原则”。根据这个原则，只要有一个常任理事国投反对票，决议就不能通过。常任理事国因此而享有的特殊权力称为否决权。否决权是安理会表决制度的核心。在实践中，如果一常任理事国不支持某项决定，但又无意阻止该决定的通过，则可弃权。弃权不产生否决的效果，这是多年形成的惯例。

3. 经济及社会理事会

经社理事会是在大会权力之下负责协调联合国经济、社会、人权和文化活动的机关，由54个理事国组成。理事国由联合国大会选举，任期3年，交替改选，每年改选1/3。经社理事会下设各区域委员会、职司委员会和其他辅助机构。

经社理事会的主要职权包括：就国际间经济、社会、文化、教育、卫生及其他有关事项进行研究并提出建议；提出为促进尊重和遵守人权和基本自由的建议；就其职权范围内的事项召集国际会议，拟定公约草案，提交大会；与各专门机构订立协定，使它们同联合国建立关系，并协调其活动；同有关的非政府组织进行磋商；经大会许可，为会员国或专门机构提供服务。

经社理事会每年举行两届会议。此外，必要时还可以举行特别会议。每个理

事国有一个投票权，表决采用简单多数制。

4. 托管理事会

托管理事会是大会权力下负责监督托管领土行政管理的机关，由三类会员国组成：（1）管理托管领土的会员国；（2）未管理托管领土的安理会常任理事国；（3）由大会选举必要数额的其他非管理国的会员国。托管理事会有权视察托管领土，接受并审查请愿书，审查管理当局的年度报告等。

托管理事会每年举行一届会议。每个理事国有一个投票权，表决采用简单多数制。

自联合国成立以来，置于国际托管制度下的领土共有 11 个。1994 年，随着最后一块托管地帕劳的独立，托管理事会已成功完成其职能。因此，托管理事会成为联合国改革中有待解决的一个问题。

5. 国际法院

国际法院是联合国的主要司法机关，依据《国际法院规约》进行活动。该规约规定了国际法院的组成、职权、程序规则等。

6. 秘书处

秘书处是负责处理联合国日常行政管理事务的机关，由秘书长和其他工作人员组成。秘书长是联合国的行政首长，由大会根据安理会的推荐任命，任期 5 年（历任秘书长情况见下表）。秘书处的其他高级职员由秘书长依有关聘任规章按会员国政府的推荐正式委派。秘书长和秘书处职员是独立的国际公务员，只对联合国负责，为联合国工作，不得寻求和接受任何政府或联合国以外的任何当局的指示。

顺序	姓名	国籍	任期
1	特里格夫·赖伊	挪威	1946.2～1953.4
2	达格·哈马舍尔德	瑞典	1953.4～1961.9
3	吴丹	缅甸	1961.11～1971.12
4	库尔德·瓦尔德海姆	奥地利	1972.1～1981.12
5	佩雷斯·德奎利亚尔	秘鲁	1982.1～1991.12
6	布特罗斯·加利	埃及	1992.1～1996.12
7	科菲·安南	加纳	1997.1～2006.12
8	潘基文	韩国	2007.1～2011.12

秘书长和秘书处的职能非常广泛，主要包括：负责行政管理，执行其他主要机关委托的任务；对国际争端进行斡旋和调解；管理维持和平行动；调查并研究世界经济趋势、自然资源和人权等专门问题；实施技术援助计划；监督联合国各机构的决定的执行情况；代表联合国发言并同有关国家或国际专门机构进行交

涉；草拟预算，保管联合国基金，控制经费开支；组织国际会议，口译、笔译各种发言和文件等。

四、联合国改革

联合国改革是与联合国相伴随的一个问题。但是，目前正在推进的改革比以往任何改革更全面，影响更深远。它不仅涉及联合国所有主要机关，而且涵盖发展、集体安全、法治、人权和民主等广泛议程。在机构改革中，安理会改革是核心。经过多年的讨论和酝酿，扩大安理会组成规模已成为国际社会的普遍共识。但安理会应扩大到多大规模，新增理事国中是否包括常任理事国，如果增加常任理事国，新增常任理事国是否拥有否决权，以及改革的进度等，这些都存在重大分歧。

"威胁、挑战与变革"高级别名人小组[①] 2004年报告建议，将安理会的席位从目前的15席扩大到24席。具体方案有两个：一是除常任理事国外，增设8个任期4年的"半常任理事国"席位，另设一名任期2年的"非常任理事国"。另一个是现有5个常任理事国地位保持不变，新增6个没有否决权的常任理事国和3个任期2年的非常任理事国。[②] 2005年联合国秘书长报告支持这两个方案，并建议会员国在2005年9月首脑会议前就这个重要问题作出决定。[③] 而其他国家集团提出了不同的方案。"四国联盟"集团[④]和"团结谋共识"运动[⑤]建议将安理会扩大到25席，非洲联盟建议扩大到26席。"四国联盟"决议草案还建议增设6个常任理事国席位，新常任理事国在安理会扩大正式完成后15年内不行使否决权。非洲联盟则坚持应增加6个有否决权的常任理事国。而"团结谋共识"运动反对增加常任理事国。"四国联盟"方案遭到包括美国、俄罗斯等国家的反对，而且它们也反对就安理会改革设定时限。

对于其他主要机关的改革，高级别名人小组报告和秘书长报告也提出了系列建议，如通过振兴大会的一揽子全面改革方案，包括精简议程和委员会结构，简化进行全会辩论和请求提出报告的程序；加强大会主席的作用和权力；将大会重

---

① 名人小组由联合国秘书长安南在2003年11月任命成立，由16人组成。我国前外交部长钱其琛是其中的一员。

② See *Report of the Secretary-General's High-Level Panel on Threats, Challenges and Change: A More Secure World: Our Shared Responsibility*, 2004.

③ 参见联合国秘书长2005年报告：《大自由：实现人人共享的发展、安全和人权》，A/59/2005。

④ 即日本、德国、印度和巴西。

⑤ 由意大利、西班牙、墨西哥、阿根廷、巴基斯坦、韩国和加拿大等国组成。

点放在实质性议程上；建立大会能与民间社会互动的机制；授权经济及社会理事会举行年度部长级会议，并充当高级别发展合作论坛；取消托管理事会；对秘书处工作人员实行一次有偿离职方案；认可秘书长为改善秘书处内的问责制、透明度和效率正在进行的一揽子管理改革。①

联合国改革是一项相当复杂的工作。尤其机构改革，直接涉及《联合国宪章》的修改。根据宪章第 108 条，宪章之修正经大会会员国 2/3 表决并由联合国会员国 2/3，包括安理会全体常任理事国，各依其宪法程序批准后，对联合国所有会员国发生效力。第 109 条还规定，全体会议以 2/3 表决所建议对于宪章的任何更改，应经联合国会员国 2/3，包括安理会全体常任理事国，各依其宪法程序批准后，发生效力。自联合国成立以来，只在上世纪 60 和 70 年代进行过两次宪章修改，将安理会的非常任理事国从 6 个增加到 10 个，经社理事会的理事国从 18 个增加到 54 个。那次修改的力度虽然不大，但从酝酿到完成花费了十多年时间。② 现行改革的难度远非昔日可比。因此，联合国机构改革，特别是安理会扩大，仍然需要各国充分协商，努力寻求最广泛一致。为全面阐述我国政府的立场，2005 年我国发布了《中国关于联合国改革问题的立场文件》。

五、联合国的专门机构

根据《联合国宪章》第 63 条，经社理事会可以与政府间专门机构订立协定，使之成为联合国体系下的专门机构。联合国的专门机构是指根据特别协定同联合国建立关系的，对某一特定业务领域负有广大国际责任的政府间专门性国际组织。这个定义表明联合国的专门机构具有如下基本特征：

（1）是政府间的组织。专门机构是根据各国政府订立的国际条约建立的。这种“政府间”的性质，是联合国专门机构最根本的特征，因此，非政府间组织不能成为联合国的专门机构。

（2）对某一特定业务领域负有广大国际责任。这些领域包括“经济、社会、文化、教育、卫生及其他有关部门”。“广大国际责任”是指世界范围而言的。因此，区域性的专门组织不能成为联合国的专门机构。

（3）同联合国具有法律关系。各专门机构根据同联合国经社理事会签订的特别

---

① See *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, 2004；联合国秘书长 2005 年报告：《大自由：实现人人共享的发展、安全和人权》。

② 参见赵理海：《联合国宪章的修改问题》，30～43 页，北京，北京大学出版社，1982。

协定同联合国建立法律关系。这种关系表现为：联合国承认专门机构的职权范围；专门机构承认联合国有权向它提出建议并协调其活动，且定期向联合国提出工作报告；双方互派代表出席彼此的会议，但均无表决权；经请求时，相互把有关议事项目列入自己的会议议程；彼此交换情报与文件；彼此协调在人事、预算和财政方面的安排等。经社理事会负责协调联合国与各专门机构的关系。为此，经社理事会分别设立了两个委员会：同政府间机构协商委员会和协调行政委员会。

现在，同联合国建立法律关系的专门机构有18个，它们是：国际劳工组织，联合国粮食及农业组织，联合国教育、科学及文化组织，世界卫生组织，国际货币基金组织，世界银行集团（国际复兴开发银行、国际开发协会、国际金融公司、多边投资担保机构和国际投资争端解决中心），国际民用航空组织，国际海事组织，国际电信联盟，万国邮政联盟，世界气象组织，世界知识产权组织，国际农业发展基金，联合国工业发展组织，国际原子能机构以及世界旅游组织。上述专门机构的大多数创建于联合国成立之后。

（4）有独立的法律地位。各专门机构依据特别协定被正式纳入联合国体系，但是，它们不是联合国的附属机构，而具有独立的法律地位。各专门机构有自己的基本文件、成员国、组织结构、议事规则、经费来源和工作总部，其决议与活动无须联合国批准。联合国只是以经社理事会同专门机构协商并向其提出建议等方式协调彼此间的活动。

专门机构的成员主要是国家。但也有些专门机构允许非自治领土或地区加入，如世界卫生组织和世界贸易组织，不过这种成员的权利往往受到一定限制。专门机构的组织体系多采取三级结构，即以全体大会为最高权力机关，以理事会或执行局为执行机关，以国际秘书处为行政管理机关。此外，各机关还可设立执行其职能所必需的其他辅助机关。专门机构一般采用一国一票多数表决制，少数国际金融机构则采取加权表决制。

第四节　区域性国际组织

一、区域性国际组织及其与联合国的关系

区域性国际组织是特定区域内的国家为了共同利益或政策而建立的国际组

织。区域性国际组织具有明显的特征：首先是地理性。区域性国际组织的成员一般限于特定区域内的国家。但是，区域性国际组织不一定包括该区域的全部国家。同时，某一地区以外的国家也有参加该地区的组织的。其次是成员国之间具有某种共同的利益或政策背景。它们往往在民族、历史、文化、语言或精神上有密切的联系，在现实生活中有共同关心的政治、军事、经济或社会问题，形成了某种相互依存的关系。最后是区域性国际组织不仅具有维持和平与解决争端的职能，而且具有促进和调整本区域内社会、经济及其他专门领域关系的职能。

《联合国宪章》第八章确认了区域性国际组织的法律地位及同联合国的关系。《联合国宪章》强调，区域性国际组织的基本职能是以区域行动来维护国际和平与安全，区域性国际组织的存在及活动不得违反联合国的宗旨和原则。区域性国际组织与联合国在维持国际和平与安全方面的关系，就联合国而言，区域性国际组织处于合作与补充的地位。这具体表现在：（1）区域性国际组织的联合国会员国，在把地方性争端提交安理会之前，应通过区域性国际组织力求争端的和平解决。安理会应鼓励这种争端解决方法。（2）协助安理会依职权而采取的强制行动，但此等行动必须以安理会授权为限，如未经授权，不得采取任何强制行动。（3）区域性国际组织所进行或正在考虑进行的活动，不论何时，均应向安理会作出充分报告。1994 年《关于增进联合国与区域办法和机关之间在维持国际和平与安全领域的合作的宣言》，重申了区域性国际组织与联合国的上述关系，并提出了加强联合国与区域性国际组织在维持和平与安全方面合作的具体措施。[①]

《联合国宪章》把区域性国际组织纳入联合国维持国际和平与安全的世界体制，但是，区域性国际组织本身并不是联合国的组成部分。它们依自己的基本文件而创立，有自己的成员国、组织机构和活动程序，具有独立的国际法律人格。区域性国际组织与联合国的关系，只是在维持国际和平与安全方面同联合国合作或协助联合国而已。

二、一般性区域国际组织

区域性国际组织可分为一般性区域组织与专门性区域组织。一般性区域组织主要有美洲国家组织、欧洲联盟、非洲联盟、阿拉伯国家联盟、东南亚国家联盟

---

① See A/Res/49/57.



和上海合作组织。

1. 美洲国家组织。这是历史最悠久的区域性组织，原为1889年成立的美洲国家商务局，1910年改称为美洲共和国联盟。1948年第九届美洲国家会议通过《波哥大公约》，再更名为现在的美洲国家组织。该组织现有35个成员国，包括所有美洲独立国家。古巴仍是该组织的一个成员，但其政府自1962年起被禁止参与该组织。该组织的宗旨是：加强美洲大陆的和平与安全；保障成员国之间和平解决争端；安排抵御侵略的共同行动；寻求成员国间的政治、法律及经济问题的解决，并以合作行动来促进成员国经济、社会和文化的发展。其主要机关有大会、常设理事会和秘书处。

2. 欧洲联盟。该组织由欧洲共同体更名而来，现有成员国27个，是目前世界上最重要的区域性国际组织，也是一体化程度最高的区域性国际组织，具有某种超国家性质。欧洲共同体是欧洲煤钢共同体、欧洲经济共同体和欧洲原子能共同体的联合组织，最早成立于1952年，其主要组织文件是1957年《罗马条约》。欧洲共同体由以关税同盟和共同的农业政策为支柱的经济一体化逐步向政治一体化发展，于1992年在马斯特里赫特订立《欧洲联盟条约》，规定分三个阶段实现和完成经济货币联盟和政治联盟的最终目标。欧盟的主要机关有欧洲理事会、部长理事会、欧盟委员会、欧洲议会和欧洲法院。2004年，欧洲联盟通过《欧盟宪法条约》。该条约为2007年《里斯本条约》所取代。

3. 非洲联盟。该组织的前身是非洲统一组织。非洲统一组织成立于1963年，以《非洲统一组织宪章》为基本文件。该组织的宗旨是：促进非洲国家的统一与团结；协调并加强非洲国家在各方面的合作；保卫非洲国家的主权、领土完整和独立；根除一切形式的殖民主义；促进国际合作。

1999年9月，非统组织第四届特别首脑会议通过《苏尔特宣言》，决定建立非洲联盟。2000年7月，非统组织第三十六届首脑会议通过《非洲联盟宪章草案》。2002年7月，非洲联盟正式成立，现有成员国53个。非洲联盟的主要机关有非盟首脑会议、执行委员会、常任代表委员会、非盟泛非议会和非盟委员会等。2007年《阿克拉宣言》表示，非盟国家将致力于建立一个非盟联合政府。

4. 阿拉伯国家联盟。该组织成立于1945年，以《阿拉伯国家联盟公约》为基本文件，现有成员国22个（包括巴勒斯坦），是西亚、北非地区的泛阿拉伯国家的组织，也是最大的单一民族国家间组织。该组织的宗旨是：加强成员国之间的联系；协调彼此间的政策与活动；捍卫独立和主权；整体考虑阿拉伯国家的事

务和利益；在经济、财政、交通电讯、文化、国籍、社会福利与卫生保健等方面密切合作。该公约还规定成员国应和平解决争端，不得诉诸武力。其主要机关有首脑会议、理事会和秘书处。

5. 东南亚国家联盟。该组织成立于 1967 年，以《东南亚国家联盟宣言》为基本文件，现有成员国 10 个。该组织的宗旨是：加强合作；维持地区和平与稳定；促进经济增长、社会进步和文化发展。其主要机关有部长会议、常务委员会和秘书处。2007 年，东盟国家签署《东盟宪章》，就东盟的战略目标、原则、地位以及架构等作了明确规定。

6. 上海合作组织。该组织由中国、俄罗斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦和乌兹别克斯坦六国于 2001 年 6 月签署《上海合作组织成立宣言》，在上海宣布成立。它的前身是“上海五国”（中国、俄罗斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦和塔吉克斯坦）会晤机制，即讨论和解决边境地区加强军事信任与裁军、政治、安全、外交以及经贸等事项的元首会晤机制。2002 年 6 月，六国签署《上海合作组织宪章》，为该组织的发展奠定了稳固的法律基础。同时通过的文件还有《上海合作组织成员国关于地区反恐怖机构的协定》。

上海合作组织的基本宗旨和任务是：(1) 加强成员国间的相互信任和睦邻友好；(2) 维护和加强地区和平、安全与稳定，推动建立民主、公正、合理的国际政治经济新秩序；(3) 共同打击一切形式的恐怖主义、分裂主义和极端主义，打击非法贩卖毒品、武器和其他跨国犯罪活动，以及非法移民；(4) 鼓励开展政治、经贸、国防、执法、环保、文化、科技、教育、能源、交通、金融信贷及其他共同感兴趣领域的有效区域合作；(5) 通过联合行动，促进地区经济、社会、文化的全面均衡发展，不断提高各成员国人民的生活水平，改善生活条件；(6) 在参与世界经济的进程中协调立场；(7) 促进保障人权及基本自由；(8) 保持与发展与其他国家和国际组织的关系；(9) 在防止与和平解决国际冲突中相互协助；(10) 共同寻求 21 世纪出现的问题的解决办法。

上海合作组织成员国须坚持以下原则：(1) 相互尊重国家主权、独立、领土完整及国家边界不可破坏，互不侵犯，不干涉内政，在国际关系中不使用武力或以武力相威胁；(2) 所有成员国一律平等；(3) 在利益一致的领域逐步采取联合行动；(4) 和平解决成员国间的分歧；(5) 不针对其他国家和国际组织；(6) 不采取有悖该组织利益的任何违法行为；(7) 认真履行在该宪章及该组织框架内通过的其他文件中所承担的义务。

上海合作组织的机构包括：国家元首会议、政府首脑（总理）会议、外交部长会议、各部门领导人会议、国家协调员理事会、地区反恐怖机构和秘书处。后

两者是常设机构，分别设于塔什干和北京。

上海合作组织是一个向本地区其他国家开放的组织，除了6个成员国外，目前还有4个观察员：蒙古、巴基斯坦、伊朗和印度。2004年，上海合作组织获得联合国大会观察员地位。

三、专门性区域国际组织

1. 经济性区域组织。这是一类在世界特定区域内建立的用于促进成员国之经济、社会、文化合作的组织，其宗旨是协调成员国之间的经济政策，削减彼此间的关税，进而消除贸易壁垒，建立共同市场，促进区域经济发展，提高就业和生活水平。比较重要的经济性区域组织有：经济合作与发展组织（1961年）、北美自由贸易区（1992年）、欧洲自由贸易联盟（1959年）、亚太经济合作组织（1989年）、拉丁美洲一体化协会（1960年）、亚马逊合作条约组织（1978年）、安第斯共同市场（1969年）、加勒比共同体和共同市场（1973年）、南亚区域合作联盟（1985年）、西非经济共同体（1974年）、南部非洲发展协调委员会（1980年）、中非国家经济共同体（1983年）等。

2. 金融性区域组织。在亚洲、非洲、中东、加勒比地区以及拉丁美洲成立有许多金融性区域组织，从事各该地区的经济、社会问题研究，向成员国政府提供建议、咨询和资金援助，促进成员国经济发展等。主要金融性区域组织有：中美洲经济一体化银行（1961年）、非洲开发银行（1964年）、亚洲开发银行（1966年）、加勒比开发银行（1970年）、阿拉伯非洲经济开发银行（1974年）、阿拉伯货币基金组织（1977年）。

3. 军事性区域组织。这是第二次世界大战后特定区域内的国家为共同防御或遏制目的而结成的军事合作组织，主要有：北大西洋公约组织（1949年）①、澳新美理事会（1951年）、东南亚条约组织（1954年）、中央条约组织（1955年）、华沙条约组织（1955年）以及西欧联盟（1955年）。这些军事性区域组织的多数同《联合国宪章》的宗旨与原则相抵触。1977年，东南亚条约组织不复存在。中央条约组织、澳新美理事会也分别于1979年和1986年自行消亡。1991年，华沙条约组织解散。

---

① 该组织现有26个成员国和24个和平伙伴关系国。

第五节 非政府组织

一、概念

非政府组织是指非经政府间协议而创立的，由各国民间的团体、联盟或个人组成的一种非官方的组织。它可以是国内的、次区域的、区域的或国际的。非政府组织几乎与政府间组织同时产生，其早期活动主要集中在人道和宗教事务方面，现在已扩展到人类生活的所有领域，其数目由 20 世纪初的一百多个发展到数以万计。

非政府组织不具有国际法主体的资格，但它们是国际事务中举足轻重、不可或缺的组成部分，对各国政府及政府间组织产生不可忽视的影响。政府间组织一般都承认非政府组织的存在，并与其合作。联合国创造了政府间组织同非政府组织协商的制度，并为联合国各专门机构和一些区域性政府间组织所仿效，如美洲国家组织、欧洲理事会。

二、非政府组织与联合国的关系

《联合国宪章》第 71 条规定了联合国处理与非政府组织关系的原则，即经社理事会可以就与非政府组织有关并属于经社理事会职权范围内的事项，征询非政府组织的意见。根据这一原则，经社理事会于 1950 年通过了调整与非政府组织关系的第 288B（X）号决议。1968 年，经社理事会通过第 1296 号决议及其附件——“理事会与非政府组织之咨商办法”，具体规定了非政府组织享有咨商地位的条件和程序，并设立了专门辅助机关——非政府组织委员会以处理和协商同非政府组织的关系。该决议为经社理事会第 1996/31 号决议“联合国与非政府组织之间的咨商关系”所更新。

根据新决议，非政府组织取得经社理事会咨商地位的条件是：（1）该组织应与经社理事会及其附属机构职权范围的事项相关；（2）该组织的目的与宗旨应与《联合国宪章》的精神、宗旨和原则相符；（3）该组织应承诺支持联合国的工作，促进对联合国的原则与活动的认识；（4）该组织在其主管事项的特定

领域内应具有公认地位或代表性；（5）该组织必须向主管政府当局正式登记注册为非政府组织至少达2年；（6）该组织应有民主通过的基本文件、固定会所与执行人员；（7）该组织应有通过其授权代表为其会员发言的权利；（8）该组织应有完善的组织结构、适当的问责机制以及民主、透明的决策程序；（9）该组织的基本经费应主要来自国内各分支机构或其他机构的捐助或个人成员的会费。

符合条件的非政府组织经过一定程序取得咨商地位。这种地位分为三类：第一类是一般咨商地位。这种地位授予那些与经社理事会及其附属机构的多数活动有关的组织。这类组织通常是较大的、具有广泛地理范围的、公认的国际性非政府组织。第二类是特别咨商地位。这种地位授予那些仅与经社理事会少数活动领域特别有关的、具有特别专长的非政府组织。这类组织通常规模较小，成立时间较晚。第三类是已列入名册。这种地位授予那些申请咨商地位，但不符合上述任何一种类型，而可以对经社理事会、其附属机构或联合国其他机构的工作作出非经常性的和有益的贡献的组织。这类非政府组织通常关注的事项范围狭小或是技术性的。

取得咨商地位的非政府组织可以指派正式授权的代表作为观察员出席经社理事会及其附属机构的公开会议，可以提出与经社理事会工作有关的书面意见。它们也可以就共同关心的事项与联合国秘书处进行磋商。

自联合国成立始，取得咨商地位的非政府组织的数量持续增加。1946年只有41个，到1992年达到700多个，截至2007年增加到3 052个。①

【课堂讨论案例】

X组织是一个区域军事组织，其成立公约第7条规定，当任何一个或数个缔约国受到武力攻击时，每一缔约国应按照《联合国宪章》第51条行使单独或集体自卫的权利，个别或共同地采取必要的行动，包括使用武力，协助被攻击的国家。根据本条所采取的措施，将按照《联合国宪章》的规定行使。A国A1省与X组织的成员国B和C接壤，由于该省H民族党要求独立而与政府军发生持续武装冲突，数十万平民涌向B、C国边障。联合国安理会通过1392号决议，敦促A国政府与H民族党谈判，恢复A1省法律秩序，并决心继续处理此案。X组织

---

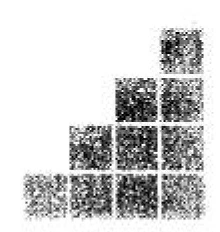
① See http://www.un.org/esa.

要求A国停止在A1省的军事行动，并撤出武装。由于要求没有得到满足，X组织以人道主义干涉的理由，宣布对A国实施军事打击。A国与X组织的成员国都是联合国会员国。

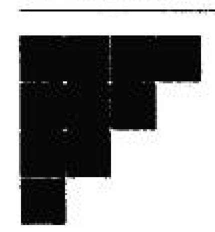
请结合本章内容，思考下列问题：

（1）X组织是否属于《联合国宪章》内的区域组织，为什么？

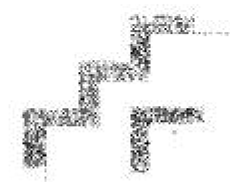
（2）X组织对A国的军事打击是否合法，为什么？




第十二章



国家责任法



本章概要

国家责任是国家对国际不法行为的责任。它是一种普遍单一的责任制度，与刑事责任无关。国家责任需满足两个构成要件：行为依国际法可归于国家和该行为违背该国国际义务。国家行为的不法性可因同意、自卫、反措施、不可抗力、危难和危急情况而解除。国家责任的基本形式是停止不法行为和赔偿。受害国有权援引国家责任，反措施是促使责任国履行责任的行动。国际赔偿责任具有不同于国家责任的基础，它强调预防和分担损失。

关键术语

国家责任　国家行为　国际不法行为　反措施　危难　危急情况　赔偿　受害国　国际赔偿责任　损失分担



第一节 概 述

一、国家责任的概念

国际法上的国家责任，也称国家的国际责任，是指国家违反其国际义务而应承担的法律责任。它不同于一国对另一国的不礼貌或不友好行为引起的政治责任或道义责任，也不同于国际法不加禁止的行为所产生损害性后果的国际责任。国家责任是国家作为国际人格者的地位所附加的，国家的主权不能提供否认这种责任的依据。就如胡伯在“摩洛哥的西班牙区求偿案”中所说：“责任是权利的必然结果。所有国际性质的权利都涉及国际责任。”①

国家责任是一个发展的概念。在传统上，国家责任是指国家对外国人人身或财产伤害的责任。早期国际联盟和私人团体编纂国家责任规则的努力就集中于传统的国家责任范畴。第二次世界大战以后，国家责任概念突破原有的局限，不再仅仅限于对外国人的伤害，而演进成为一个一般性或综合性的概念，即国家违反其国际义务的责任。这种观念成为联合国国际法委员会编纂国家责任的基础。

有的西方学者还按责任的性质将国家责任区分为原始责任与转承责任，或直接责任与间接责任。这种二分法的关键在于前者涉及一个国家直接违反对它有拘束力的法律义务，而后者只是在国家与被指控的损害行为存在间接失误时才引起。② 这种区分在法律的实质上没有什么意义。因为后者引起国家的责任不是由于国家应对私人的不法行为负责，而是由于国家没有及时制止私人的不法行为而负责任。换言之，责任是由于国家的不行为引起的。③

二、国家责任法的特征与渊源

国家责任法是关于一国对其国际不法行为的责任的确定，解除行为不法性的

---

① *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. 2, p. 641.

② 参见［英］詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，第1卷第1分册，402页。

③ 参见周鲠生：《国际法》，上册，234页。

情况，责任的形式以及责任的履行等法律原则、规则和制度的总体。它是国际法的一个独立部门。与涉及初级规则的其他国际法部门不同，它主要与次级规则相关。① 国家责任法所规范的只是国家之间的责任法律关系，不涉及国际组织的责任和个人在国际法上的刑事责任。② 与国内法相比，国家责任法是一种普遍性的单一责任制度，它不区分民事责任与刑事责任，也不区分违约责任与侵权责任。但是，由于国家责任强调停止与赔偿义务，所以它总体上与国内法上的民事责任相类似。③

与国际法的其他部门相比，国家责任法的渊源是独特的，至今没有条约法规则，而主要是习惯国际法规则和一般法律原则。此外，还涉及这方面的国际判例、双边条约和联合国大会决议。大量有关国际责任的仲裁裁决和国际司法判决的存在是国家责任的习惯法性质的显著特征。

三、国家责任法的发展与编纂

国家责任法在国际法上处于核心地位，对于防止和纠正违反国际法的行为、恢复和重建被违反行为所改变的法律状态，以及维持和发展国家间的和平关系具有重要作用。然而，国家责任法并没有得到很好发展。不仅国家责任理论的发展不充分，而且国家责任法从形成的开始就始终存在不同观点和立场的激烈争论。国际法上没有哪一个问题像国家责任那样如此意见纷纭，以至于迄今尚无法在国际间制定一个条约。

国家责任法是在19世纪后半期伴随着资本主义世界市场的建立发展起来的，是从双边性质的国际义务开始的，核心在于外国人的待遇。因此，编纂国家责任法的最初努力集中于国家对外国人人身或财产造成伤害的责任。1930年国际法编纂会议正式就“国家对在其领土上造成外国人的人身或财产损害的责任”议题进行编纂，并提出了一个草案报告。但是，由于“国际公正标准”主张与“国民标准”主张的尖锐对立，这次会议没有达成具体的协议。

第二次世界大战后，联合国继续关注国家责任的编纂。国际法委员会从一开

---

① 在国家责任领域区分初级规则与次级规则的观念是国际法委员会前特别报告员罗伯特·阿戈引入的。在他看来，国际法规则中那些在国家间关系的某一方面对国家设定特定义务的规则是初级规则，而那些确定未履行初级规则所设定义务的后果的规则是次级规则，责任领域属于后者。参见余民才：《国家责任法的性质》，载《法学家》，2005（4）。

② 参见2001年《国家对国际不法行为的责任条款草案》第57条和第58条。

③ 参见贺其治：《国家责任法及案例浅析》，43页，北京，法律出版社，2003。

始就将国家责任项目列入其工作计划之中，并在1955年决定开始进行研究，指定加西亚·阿马多为特别报告员。20世纪60年代后，国际法委员会改变编纂方法，从对外国人待遇的传统责任法范畴转向对一般国家责任的编纂，并指定罗伯特·阿戈为特别报告员。在阿戈和其之后的其他三位特别报告员，特别是詹姆斯·克劳福德的努力下[①]，国际法委员会最终在2001年通过了一个完整的关于《国家对国际不法行为的责任条款草案》（以下简称《国家责任条款草案》）。

《国家责任条款草案》由四部分共59条组成，其主要内容包括：国际不法行为的构成和认定标准，构成国家行为的要素，违背国际义务的行为，一国介入他国的国际不法行为时的做法与处理，解除行为不法性的情况，国家对其国际不法行为应承担的法律后果，以及国家责任履行的程序和手段等。

《国家责任条款草案》是国际法委员会多年不懈努力所获得的一个具有规范性效果的成果，在国际法上占有重要的一席之地。不仅该草案的某些部分对在国家实践和司法判决中所广泛依据的现行法进行了编纂，而且该草案的大部分已被援引为习惯国际法[②]，这不能不对国家在国际社会中的行为产生影响。该委员会的工作是"里程碑性的"，条款草案构成在责任领域未来国际"造法性条约"的基础和所有讨论的出发点。

第二节 国家责任的成立

一、国家责任的构成要件

国家必须对其违反国际义务的行为，即国际不法行为承担国际责任，这是国家责任法的一项根本原则。引起国家责任必须满足两个基本要素：（1）行为依国际法可归于国家；（2）该行为违背该国国际义务。这两个要素是密切联系的，意味着只有违背国际义务并且根据国际法可归于国家的行为才产生国家责任。这里的行为包括作为和不作为。

---

① 另两位是加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯和威廉·里普哈根。

② See Christine Chinkin, "A Critique of the Public/Private Dimension", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 387.

在国际法理论上，归因的要素通常被说成是主观要素或主观条件，违背的要素则被说成是客观要素或客观条件。这种说法不是很恰当，因为归因的要素与通常理解的行为者在行为时的主观意图毫无关系，而违背的要素是否是客观的需要取决于特定义务的内容。有关国家责任的国际判例没有提出主观要素和客观要素的概念。《国家责任条款草案》第 2 条也没有使用这种术语。

产生国家责任是否还需要其他要素，或者说，损害或过失是否也构成国家责任的必要要素？传统观点持肯定立场。① 但在现代国际法上，损害已不再被认为是引起国家责任的一个构成要素，尽管它是国际不法行为的一个可能后果。可归于国家的违反国际义务的行为就足以确立其国际责任。违反国际义务本身就是“损害”。过失也不是国家责任的一个构成要素。在引起国家责任方面，不存在对心理要素的任何特殊要求，与此有关的只是一国的行为，而不是任何意图。

二、行为可归于国家而成为国家行为

把行为归于国家的含义是在国际法上将国家视为一个单一的国际法主体，以避免一国以内部分权方式逃避其国际责任。但国家本身并不能采取行动，而只能由其代理人或代表进行，因此，归因的问题实际上是应该把谁视为代表国家行事的人，即为了确定国家责任的目的，什么行为能构成国家的行为。

1. 国家机关的行为

国家机关是一个具有最广泛意义的概念，包括组成国家并以国家名义行事的所有个人和集体公共组织。任何国家机关，不论行使立法、行政、司法职能，还是任何其他职能，不论在国家组织中具有何种地位，也不论作为该国中央政府机关或一领土单位机关而具有何种特性，其行为应视为国际法所指的国家行为。因此，三权分立或有关领土单位是联邦的一个组成部分或一个特定自治区与国家责任的确定无关。

由于国家机关的性质和职能不尽相同，所以可归于国家的、实际上能引起国家责任的国家机关的行为也有区别。行政机关是与国际法的实践关系最多的部门，因此，国家的大多数不法行为都与这些机关的行为有关。立法机关的行为引起国家责任的情况在实践中有两种：一是立法机关制定了与该国所负国际义务相抵触的法律或其他规范性文件，二是立法机关没有制定为履行该国国际义务所必要的法律。司法机关的那些可能引起国家责任的行为涉及司法机关拒绝给外国人

① 参见［英］劳特派特修订：《奥本海国际法》，王铁崖、陈体强译，上卷，第 1 分册，256 页。

提供应有的司法保护，即理论上所谓的司法拒绝，如拒绝受理外国人的诉讼，审判程序不当，严重地、故意地歪曲法律，判决明显不公，恶意拒绝或拖延强制执行等。

2. 国家元首、政府首脑和外交使节的行为

国家元首是国家的代表，政府首脑是国家最高行政机关的首长或也可能同时是国家的代表，外交使节是派遣国在接受国的代表，他们的行为都应视为国家行为。这种代表国家并以国家名义行事的个人与国家机关没有什么不同。《国家责任条款草案》第4条第2款规定，“机关包括依该国国内法具有此种地位的任何个人或实体”。由于他们的特殊身份，实践中一般难于区分他们的行为是官方的还是私人的。即使是在私人生活中发生的国际侵害行为，国家也必须承担责任。[①]

3. 国家官员的行为

国家官员的行为并不必然归于国家，这取决于他们是否以其官方资格行事。国家官员以官方身份所作的公务行为属于国家行为，而不论其为行政、立法和司法官员，还是高级与较低职位的官员。国家官员的私人行为不应视为国家行为。这是习惯法的一项规则。

4. 经授权行使政府权力要素的实体的行为

国家机关以外的其他组织，如果经依法授权行使通常由国家机关行使的公共性质的职能并以该名义行事，它们的行为应归于国家而成为国家行为。这类实体可能包括政府的各种代理机构、国营公司、准国营公司甚至私营公司。例如，国营或私营航空公司可能被授权行使有关移民管制或卫生检疫的若干权力。只要它们在特定情况下以此种资格行事，则其行为应视为国家行为。

5. 交由一国支配的机关的行为

另一国家如果将其某一机关交由一个国家支配，并且该机关行使支配国的政府权力，则其行为应视为支配国的行为，而不能归于其所属国的行为。比如，一国卫生部门的一部分交由另一国指挥以协助克服瘟疫或自然灾害，或在特定情况下指派法官到另一国的司法机关任职。在这里，这类机关在组织结构上的隶属关系是无关紧要的。“交由……支配”意味着，具有派遣国机关地位的实体或个人是经接受国同意并在其管理之下。如果经接受国同意而派往该国的机关仍然保持其自主性，行使派遣国的政府权力要素，则其行为不归于接受国，如驻外使领馆的行为。

---

① 参见［英］詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，第1卷第1分册，421～422页。

6. 越权或违背指示的行为

国家机关、国家官员或经授权行使政府权力要素的个人或实体逾越权限或违背指示，如果他们是以其官方身份或以其官方名义行事，即使是在隐蔽的或不适当的私人动机下进行的，其行为仍应视为国家行为。这是国家实践、法学理论和司法判例一致承认的。美洲人权法院在“维拉斯克斯·罗德里格斯案”中指出：“这一结论（违反《美洲人权公约》）不因机关或官员是否违反了国际法的规定或逾越了授权而受限制；根据国际法，一国对其代理人以官方身份采取的作为或不作为负责，即便这种代理人逾越其权限或违反国内法行事亦是如此。”[①] 在“南太平洋房地产有限公司（中东）诉埃及案”中，国际投资争端解决中心裁决说：“国家实践已决定性地确立了对国家机关越权行为的国际责任，即使是在其职权范围外或违反国内法作出的。”[②]

7. 叛乱运动或其他运动的行为

叛乱运动或其他运动的行为不能视为国家行为，这是一项“既定国际法原则”。但是，叛乱运动如果实现了其目的并且将本身确立为国家的新政府或在前国家的部分领土上或在其管理的领土上成立了新国家，成功的叛乱运动或其他运动的行为就应视为国家行为。这种归因的法律基础在于该运动与最终政府之间的连续性。

8. 私人的行为

私人个人或一群人的行为不归于国家，这是一项一般原则。但是，如果行事的私人与国家之间存在着特定的实际联系或私人行为与国家本身的行为有关，则发生例外的情况：（1）私人如果经国家授权行使政府权力要素并在特定情况下以此种资格行事，则其行为应视为国家行为。（2）私人的行为如果实际上是按照国家的指示或在其指挥或控制下行事的，则其行为应归于国家。（3）私人在官方当局不存在或缺席和需要行使政府权力要素时，实际上行使这种权力的行为应视为国家行为。（4）如果国家对行事时不归于国家或不可能归于国家的私人行为予以确认并当做其本身的行为，该行为则应视为国家行为。这是随后国家作为自己的行为而承认和接受的结果。（5）如果国家没有尽“适当注意”义务防止私人从事国际侵害行为和在事后予以救济，就必须对私人行为的后果负责。

---

① *Velásquez Rodríguez Case*, *Inter-American Court of Human Rights*, Seriese, no. 4 (1989), para. 170.

② *International Law Materials*, vol. 32, 1993, p. 933.




三、违背国际义务

违背国际义务就是一国的行为不符合国际义务对它的要求，也就是一国实际采取的行为与国际义务要求该国的行为不相符合。违背国际义务是一个有着特定内容的概念，它将违反国家与私人之间订立的合同中所规定的义务排除在外。而且，所违背的国际义务必须是违反能引起国家责任的那种义务。一国仅仅违反对它不享有权利的东西而主张权利这一义务并不引起国家责任。而所违反的特定义务又与该义务的起源或特性无关。这种义务可以是国际习惯、条约和一般法律原则确定的，也可以是国家通过单方面行为承担的。最后，所违背的还必须是对国家有效的国际义务，也就是违背行为必须是在该义务对国家有约束力的时期发生的。这实际上是时际法原则在国家责任领域的适用。违反有效的国际义务才引起国家责任的原则还表明，一旦责任因国际不法行为而产生，就不会因后来义务终止而受到影响，不论该义务是由于被违背的条约终止还是由于国际法改变而终止。

可归于国家的违背国际义务的行为即国际不法行为。把一国的行为定性为国际不法行为必须以国际法为准，而且这种定性不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响。国际不法行为可以是“即时”的违法行为，也可以是持续的违法行为和复合行为。就违反义务的性质和程度而言，国际不法行为还可分为一般国际不法行为和严重国际不法行为。严重国际不法行为就是严重地或系统地违背依一般国际法强制性规范承担的义务的行为。这种性质的义务是国家对国际社会作为一个整体所承担的义务，在司法判例和理论上通常称为“对所有国家的义务”(obligations erga omnes)。严重违反这种义务的行为是否也可以视为国际罪行，理论上曾给予了相当支持。① 但这种观念在国家责任法的目前发展阶段上是有疑问的。《国家责任条款草案》对于严重国际不法行为所拟订的特定后果中没有提到刑事责任。国际法委员会的特别报告员曾在很长时间内采取的国际侵权行为和国际罪行二分法的立场已经在现行条款草案中消失。

四、一国对另一国不法行为的责任

一国不仅要对自己的不法行为负责，可能还要对另一国的不法行为负责，这

① 参见周鲠生：《国际法》，上册，239页；王铁崖主编：《国际法》，127页。

种“衍生责任”有三种情况。

1. 如果一国援助或协助另一国实施其国际不法行为，不仅行为国要负主要责任，而且协助国也须对此负责。一个国家明知另一个国家进行国际不法行为还为该项行动提供比如必要的设施或经费就属于此种类型。

2. 如果一国指挥或控制另一国实施其国际不法行为，除受支配国本身依据国际法承担责任外，指挥或控制国还要对受支配国的该不法行为负责。这在目前基本上具有历史的意义，多发生在保护关系或附庸关系的场合。

3. 如果一国胁迫另一国实施国际不法行为，胁迫国则要对被胁迫国的该不法行为负责。这里的胁迫必须是迫使被胁迫国意志屈服，除了遵守胁迫国的意愿之外别无选择的行为，仅仅使得遵守义务更加困难还不够，而至于胁迫的根据和方式，则是无关的。

第三节　解除行为不法性的情况

解除行为不法性的情况是指国家可以合法对抗责任主张的情况。这些情况本质上不是豁免责任，而是解除可归于国家的、表面上违反国际义务的行为的不法性。[①] 解除行为不法性的情况包括任何可以使国家的违背国际义务的行为正当的理由。比如，在一国发生叛乱运动的情况下，国家的宪法当局一般地不对其采取措施恢复秩序或平定叛乱运动给外国人造成的伤害负责。根据一般国际法，解除行为不法性的情况主要有：

1. 同意

一国以有效方式对另一国的某一特定行为表示同意，并且该行为没有逾越该项同意的范围，即解除该行为在与该国关系上的不法性。这种同意必须满足两个条件：一是同意必须以有效的方式表示。有效方式涉及表示同意的国家机关或个人是否是在经授权后代表国家这样做的，或该项同意是否因受到胁迫或其他因素而成为无效。而且，无论如何，同意都必须是自由给予和实际明确表示的。二是特定行为必须在该项同意的范围内。

---

① 《国家责任条款草案》第 27 条规定，援引解除行为不法性的情况不妨碍对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题。

2. 自卫

自卫是国家根据《联合国宪章》第51条和习惯国际法对武力攻击可合法采取的武力反击措施，它无可争议地是国家不履行在国际关系中禁止使用武力威胁或使用武力原则，以及因为该原则受到违反而不履行该原则所规定义务以外的某些义务的行为的正当理由。但这不等于说自卫解除了在所有情况下或对所有义务的行为的不法性。自卫行动除了遵守自卫概念所固有的必要性和比例性标准外，还必须遵守国际人道法和人权义务。

3. 反措施

反措施是一国针对他国所犯国际不法行为而不得不采取某种不符合自己对他国原已承担的国际义务的一种非武力对抗行为。这种措施由于是他国的先前不法行为引起的，所以其不法性可因此而解除。司法判决、国家实践和学说一致确认，符合某种实质性和程序性条件的反措施是合法的。

4. 不可抗力

一国不遵守其国际义务的行为如果起因于不可抗力，则该行为的不法性即告解除。不可抗力涉及的情况是有关国家实际上被迫以不符合其必须履行的某一国际义务要求的方式行事。这种解除情况必须符合三个条件：（1）有关行为必须是由不可抗拒的力量或无法预料的事件所造成；（2）该力量或事件超出了有关国家的控制范围；（3）这种情况使该国实际上不可能履行义务。如果有关情况是由援引国的行为单独或与其他因素一并造成或引起的，或者它已经接受发生不可抗力的风险，则不得援引不可抗力。

5. 危难

一国不符合该国国际义务的行为，如果是国家行为者在遭遇极端危险的情况下因别无其他合理方法挽救其生命或受其监护的其他人的生命时采取的，危难则可以作为排除该行为不法性的正当理由。这是国际条约和司法裁决一致接受的原则。在实践中，危难案件主要涉及飞机或船舶在恶劣气候条件下或因此发生机械或航行故障后进入国家领土的情况。危难限于解除为避免生命受到威胁的状况所必要的行为的不法性，它并不免除国家或其行为者遵守其他要求的义务。同不可抗力的情况一样，如果危难是由援引国的行为单独或与其他因素合并导致的或该行为可能造成类似的或更大的灾难，则不得援引危难情况。

6. 危急情况

一国违反其国际义务的行为如果是为保护基本利益，对抗某种严重迫切危险的唯一办法时，危急情况则可以作为解除该行为不法性的合法理由。援引危急情况来保护的利益范围广泛，包括保护环境、在公共紧急状态下维护国家及其人民

的生存或确保平民安全。适用危急情况必须满足两个条件：第一，有关行为必须是为保护基本利益以抗拒某种近在眼前的严重危险而采取的。而且，所采取的行动必须是为保护该利益可采用的唯一办法。第二，有关行为不能严重损害对之负有义务的一国或数国或整个国际社会的基本利益。如果危急情况是由责任国促成的，或如果有关国际义务排除了此种援引的可能性，则不得以危急情况作为解除其行为不法性的理由。

上述解除行为不法性的情况各有其特点，也有某些共性。同意、自卫和反措施取决于受影响国家先前的行为，这将它们与不可抗力、危难和危急情况区别开来。而同意不同于自卫和反措施，因为后二者是基于先前的不法行为。但反措施不同于自卫，它是一种非武力的反击行动。不可抗力不同于危难和危急情况，因为在前者情况下的行为是非自愿的，或至少不包含任何可自愿选择的因素。危难和危急情况并非针对危害行为加以反击，而是把危害加诸完全“无辜”的国家。这二者的不同是，危急情况不涉及对国家官员或其监护的个人的生命危险，而涉及对该国或整个国际社会的基本利益的严重迫切危险。上述任何一种情况都不能成为解除任何违反一般国际法强制规范所产生国际义务的一国行为的不法性的理由。

第四节 国家责任的形式

国家责任一经确立，即在行为国与受害国之间产生某些法律后果，形成一种新的法律关系。这种关系的表现形式就是责任形式。国家责任的基本形式是停止不法行为和对不法行为造成的损害予以充分赔偿。国家责任的具体形式如下：

一、继续履行

继续履行是受害国对于违反行为可作出的一种合理反应。因为国际不法行为虽然在责任国与受害国之间产生了一种新的法律关系，但这不意味着先前由初级义务确立的法律关系就已经消失。即使责任国遵守了停止不法行为和对造成的损害提供充分赔偿的义务，也不能因而解除它继续履行所违背之义务的责任。

二、停止和不重复

当一国际不法行为是持续性的时候，责任国则有义务停止该行为，并在必要时提供不重复该行为的适当承诺和保证。停止和不重复是不同但相互联系的。它们都是以初级义务的继续有效存在为必要前提的，都是恢复和修复受违反行为影响的法律关系的方面。停止在于未来履行义务的消极方面，涉及保证停止持续性不法行为。而承诺和保证不重复则起着预防的作用，可以说是对未来履行义务的积极巩固。承诺和保证不重复比停止更灵活，而且不是在所有情况下都需要这样做。

三、赔偿

提供充分赔偿是作为实施国际不法行为的后果国家必须承担的一项一般义务。赔偿是一个意义广泛的术语，通常指求偿者期望责任国采取的所有措施。

（一）赔偿的范围

赔偿的范围包括不法行为造成的损害，无论是物质损害还是非物质损害或精神损害。物质损害是指对国家或其国民的财产或其他利益造成的经济上可评估的损害，非物质损害是指对国家或其国民的人格或尊严等造成的精神伤害。赔偿的范围是受限制的。第一，损害必须与国际不法行为之间存在因果关系。第二，受害方有义务采取减轻损害的行动，即所谓减轻损害的义务。根据这项原则，如果受害方没有采取必要措施减轻所受损害，他就无权对本来可以避免的那一部分损害要求相应的赔偿。第三，受害者的故意或过失行为促成的损害是确定赔偿时应考虑的因素。第四，同一损害不得给予再次赔偿，这就是禁止双重损害赔偿原则。

（二）赔偿的性质

充分赔偿可能导致对有关责任国提出不相称的，甚至带有破坏性的，难以满足的要求，由此引起赔偿的性质应是比例性或补偿性还是惩罚性的问题。在传统理论上和某些外交与仲裁实践中，赔偿被认为具有惩罚的性质。[1] 但在现代国际

---

① 参见［英］詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，第1卷第2分册，417页。

法上，赔偿不具有惩罚、示范或警戒的性质。充分赔偿是比例性或补偿性的，也就是说赔偿应与不法行为所造成的损害后果相称。在《国家责任条款草案》中，比例性是各种赔偿方式不可或缺的一个因素。

（三）赔偿的方式

赔偿的方式有恢复原状、补偿和抵偿。为实现充分赔偿，可以单独或合并采取这些方式。

1. 恢复原状

恢复原状是将国际不法行为所造成的损害恢复到实施不法行为以前所存在的状况。它是受害国可援用的第一种赔偿方式，这为国际判例和外交实践所承认。根据违反行为的类型和所涉事项，恢复原状可一般地分为物质上恢复原状和法律上恢复原状。前者涉及恢复事物的原来物质状态，后者涉及更改在责任国法律制度中或在其与受害国的法律关系上的法律状况。恢复原状的义务受两个条件的限制。一是并非实际上做不到。如果恢复原状在事实上不可能做到，则无须恢复原状。二是从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益必须与对责任国的负担成比例。如果恢复原状对责任国造成的负担与受害国或不法行为的任何其他受害者将得到的利益严重地不相称，即不得要求恢复原状。

值得强调的是，国家对其根据国际法从事的行为造成的损害后果不承担恢复原状的义务。这方面的一个典型表现是国有化措施。现代国际法承认每个国家都有权对外国人所有的财产实行国有化。只要国有化措施本身是合法的，是构成对国家主权或自然资源永久主权的行使，规范非法行为的国家责任的一般规则就不能适用。因为如果认为存在将国有化行为恢复原状的义务，那就等同于否定国家的国有化权利。

2. 补偿

在恢复原状不可能或不足以赔偿不法行为造成的损害时，责任国有义务提供补偿。补偿是国际实践中最普遍采用的一种赔偿方式，以金钱的形式表现。补偿额应根据国际法、公平和正义原则来决定。但是，补偿额的确定在国际法上并没有一个明确的评估标准。可补偿的损失类别和量化补偿额的评估原则，将随着特定初级义务的内容、对当事方各自行为的评价，以及更一般地为达成公平和可接受结果的考虑而变化。

补偿所弥补的是所涉案件在经济上可以评估的，包括可以确定的利润损失在内的任何损害。这种损害既包括国家本身遭受的损害，也包括国家在外交保护下提出的本国自然人或公司所遭受的损害。对前者的补偿限于不法行为造成的实际

物质损失，不包括对一国的精神损害。而对后者的补偿除了相关的物质损失外，还包括个人遭受的非物质损害或精神损害。对个人的精神损害予以赔偿是司法实践承认的。人权机构，特别是欧洲人权法院和美洲人权法院在处理个人伤害的赔偿问题上所裁定的补偿额涵盖了物质损害和精神损害。不过，支持这种请求的机构所给予或建议给予的精神损害补偿额很小。

在评估补偿额时，通常还将可确定的利润损失包括在内。此外，为确保充分赔偿，必要时还需支付利息。利息应从支付本金之日起计算，直至履行了该项义务之日为止。但是，补偿额不能同时包括利润损失和利息，因为资本金不可能既赚取利息，又产出利润。

补偿与恢复原状具有共同的目的，它们不是相互排斥的。但是，二者在性质或范围上完全不同。恢复原状是将受损的权利或财产恢复如初，而补偿不限于实际损害，还包括最初不法行为引起的其他伤害，只要它们之间存在因果关系。在某些特定情况下，不能以补偿代替恢复原状，比如非法占领他国领土的情形。

3. 抵偿

在恢复原状或补偿未能充分赔偿一国际不法行为造成的损失时，责任国则有义务予以抵偿。抵偿是对国家的非物质损害或精神损害的赔偿。对这种损害采取抵偿的赔偿方式在国际法上早已确立。在国际实践中，当一国的国际不法行为给另一国造成非物质损害时，后者要求前者予以抵偿的情况是常见的，如侮辱国家象征（如国旗），虐待或蓄意攻击国家元首、政府首脑或外交和领事代表等。

最常见的抵偿形式是正式道歉、承认不法行为和表示遗憾。除此之外，抵偿还有许多其他形式，如对造成伤害或损害事件作出解释或对其原因进行调查，为受益人设立管理补偿付款的信托基金，对应负责任的个人采取纪律或刑事处分，象征性金钱赔偿，或不再重复的承诺和保证等。抵偿必须与损害成比例，并不得采取羞辱责任国的方式。

抵偿不同于补偿。补偿的功能是补救国际不法行为造成的实际损失，而抵偿涉及的是对国家的非物质伤害。抵偿虽然可以采取金钱形式，但它有着不同于补偿的功能。而且，金钱抵偿的货币价值只能以十分模糊和抽象的方式加以估算。

上述国家责任的形式可以单独采取，也可以合并采取。这一般地取决于国际不法行为的性质和程度以及受害者的要求。而且，责任国不得以其国内法的规定为理由拒绝承担任何形式的责任。严重违反一般国际法强制规范所涉义务的国际不法行为，除了上述责任形式外，还引起进一步的后果，特别是所有国家应合作制止违反行为，不承认违反行为所造成的情势为合法，不援助或协助责任国维持该情势，以及其他可能的后果。

第五节 国家责任的履行

国家责任的履行涉及为了促使和确保责任国履行其停止或赔偿等义务，有权援引国家责任的国家可以做什么以及可以采取何种行动。

一、国家责任的援引

援引国家责任首先是受害国的一项权利。根据《国家责任条款草案》第 42 条，受害国是指国际不法行为所单独损害或特别影响的国家。前者系被违背的义务是单独对一国承担的情况；后者系被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团或对整个国际社会所承担的，而对此义务的违背特别影响该国，或者彻底改变了受到影响的所有其他国家对进一步履行该项义务的立场。在某些情况下，受害国以外的任何其他国家也可以援引国家责任，如果被违背的集体义务是对援引国所属的国家集团承担的并为保护集体利益而确立的，或者是对整个国际社会承担的。

援引责任的国家应将其要求通知责任国，并可在通知中具体指明责任国应如何停止一项持续性不法行为，以及应采取何种赔偿形式。但是，受害国以外的国家要求的权利范围要比受害国要求的权利范围更为有限。根据《国家责任条款草案》第 48 条，受害国以外的国家可要求责任国停止不法行为，并在必要时提供不重复的承诺和保证，以及履行向受害国或被违背之义务的受益人提供赔偿的义务。它们不能对自己要求赔偿，而受害国有这样的权利。援引责任的国家提出要求必须满足两个条件：符合国籍原则和用尽当地救济办法。而且，如果援引国以有效方式放弃其要求或以有效方式默许其要求失效，则不得援引国家责任。

如果同一国际不法行为使数个国家受害，则每一个受害国可自行分别援引实施了该国际不法行为的国家的责任。在有数个国家应为同一国际不法行为负责任的情况下，每一个国家应分别对它造成的行为负责。这种责任并不因为一个或若干个其他国家也应对同一行为负责而有所减轻。但是，受害国所得的补偿不得超过所受损害。而且，一个责任国可能对其他责任国的任何追索权也不受影响。



二、反措施

在责任国不履行其停止或赔偿义务时，受害国和有权援引责任的其他国家则可采取反措施。反措施是对另一国国际不法行为的一种反应，其目的不是对不法行为给予惩罚，而是为实现促使责任国履行其义务而采取的手段。反措施的采取只能针对责任国而不得指向第三方。反措施的选择应尽可能具有可逆性。反措施不得影响禁止武力威胁或使用武力的义务、保护基本人权的义务、禁止报复的人道主义性质的义务以及依一般国际法强制性规范承担的义务。而且，反措施还不能影响采取反措施的国家与责任国之间任何可适用的现行争端解决程序，以及外交或领事人员、馆舍、档案和文件的不可侵犯性。

反措施必须是适当的和合理的，其评价标准是相称性，即反措施必须和所遭受的损害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。反措施具有临时性质。一旦责任国遵守其与国际不法行为有关的义务，反措施即应尽快停止，义务的履行随即应尽速恢复。此外，如果国际不法行为已经停止，并且争端已提交有权作出对当事国具有约束力的决定的法院或法庭，已采取的反措施必须停止，不得无理拖延。

执行反措施须满足一定程序条件。采取反措施的国家在行动之前应要求责任国履行其停止或赔偿义务，将采取反措施的任何决定通知责任国并提议与之进行谈判。但为了保护自己的权利，受害国可采取必要的紧急反措施。一旦国际不法行为停止并且争端已提交给具有作出对当事方有约束力的裁决的法院或法庭时，反措施就不得采取。但是，如果责任国不秉诚履行解决争端程序，不得采取反措施的限制条件就不适用。

第六节　国家责任的新问题

一、国家的刑事责任

随着国家责任从传统的对外国人伤害的责任发展到一般性责任，它是否包含刑事责任，是理论上颇有争议的一个问题。国家责任与刑事责任有关的观念很可

能来自联合国秘书处“关于国际法委员会编纂工作的国际法概览”备忘录。该备忘录指出，国际法委员会编纂国家责任必须考虑到最近发展所出现的问题，诸如国家的刑事责任问题和代表国家行事的个人的刑事责任问题。[①] 因此，阿马多报告员在其第一份报告中使用了国家的刑事责任概念。国际法委员会 1976 年一读通过的关于国家责任草案条款案文第 19 条拟订了“国际罪行”概念，即“一国所违背的国际义务对于保护国际社会的根本利益至关重要，以至于整个国际社会公认违背该项义务是一种罪行时，其因而产生的国际不法行为构成国际罪行”。这个概念一直持续到该委员会 1996 年一读临时通过的国家责任草案条款案文。

然而，国家的刑事责任概念从国际法委员会工作的一开始就受到其他几个委员的批评。[②] 这种争论在国际罪行概念出现于国家责任草案条款案文后更为普遍。一种观点认为，国际罪行是国际法理论和实践确定的一个概念，第二次世界大战后确立了对战争罪、反和平罪和反人道罪进行刑事审判和惩罚的国际法制度，而这些国际罪行通常是由代表国家行事的个人或组织实施的。个人、组织或团体应在国际法上承担国际刑事责任，国家亦应承担国际刑事责任，成为刑事责任的主体。[③] 相反的观点则认为，国际罪行是个人犯下的，只能由个人负刑事责任。国家是一个抽象实体，不可能作出国际犯罪行为，因而不应该、也不可能承担国际刑事责任。[④]

国家责任不包含刑事责任。在国际法上，国际刑事责任是归于个人而非国家。即使个人（无论其为国家代表、其他公职人员或私人）的行为可归于国家，这并不必然表示国家对该行为的责任本身在性质上是刑事的。国家的国际刑事责任概念从未获得普遍接受。国际法委员会曾在国家责任草案条款中引入国家的国际罪行概念所引起的问题比其期望的法律意义要多得多，这个概念最终被删除，尽管取而代之的“严重违反一般国际法强制性规范”概念仍然带有某些痕迹。国家的刑事责任观念与国际法的性质和“社会不会犯罪”的刑法格言格格不入。将刑法规则移植到国际法是基于这一事实：刑法必然涉及个人，这既是由于其前提与个人的心理有关，也是由于其制裁只适用于个人。国家不能成为心理分析的对

---

① See *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*, paras. 97, 98, A/CN. 4/1/Rev. 1.

② See *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 1956, pp. 233, 240.

③ 参见邵沙平：《现代国际刑法教程》，103～113 页，武汉，武汉大学出版社，1994；李寿平：《论国家的国际刑事责任》，载《武汉大学学报》，2000（4）。

④ 参见王铁崖主编：《国际法》，133 页。

象，就如不能对国家施以监禁或绞刑一样。[①] 国内刑法上的法人犯罪原理同样不能类推适用于国家责任领域。国家在其国内法上将法人的某些行为规定为犯罪并将这种行为的有关责任人绳之以法是一回事，国家本身接受对这种行为的刑事责任完全是另一回事。而国家实际准备接受这种观念是很值得怀疑的。[②] 事实上，几个大国，包括安理会的成员，都反对国家的国际刑事责任概念。[③]

自纽伦堡审判以来，国际刑法只追诉个人的刑事责任，从来没有一个国家被确实无误地宣布为“罪犯”的确切实例。国际军事法庭在1946年指出：“违反国际法的罪行是个人犯下的，而不是抽象的实体犯下的，因此只有通过惩治犯下此类罪行的个人，才能使国际法的规定得到实施。”[④] 在“普拉希季奇案”关于传票的决定中，前南国际刑事法庭上诉庭说：“根据目前的国际法，很清楚国家依其定义，不能作为类似于国内刑法制度规定的刑事制裁的主体。”[⑤] 国际法院2007年在“关于防止及惩治灭绝种族罪公约适用案”判决中重申，作为一项一般原则，国际法不承认国家的刑事责任，《防止及惩治灭绝种族罪公约》没有规定对国家施加这种刑事责任的途径。本公约所生之义务与国家因违反此种义务的责任是国际法上的义务和责任，它们并不具有刑事性质。[⑥] 1998年《国际刑事法院规约》将其“对引起整个国际社会关注的最严重罪行”的管辖权只限于“自然人”。个人责任不是国家责任的组成部分。欧洲人权法院曾说，如果民主德国依然存在，按照国际法的观点它就应对有关行为负责。有待确定的是除国家责任外，申请人在关键时间上要单独承担刑事责任。[⑦]《国际刑事法院规约》第25条第4款规定：“有关个人刑事责任的任何规定均不影响国家依照国际法所负的责任。”同样，《国家责任条款草案》第58条也将以国家名义行事的任何人在国际

---

① See Krystyna Marek, *Criminalizing State Responsibility*, *Revue Belge De Droit International*, vol. iv, 1978—1979, pp. 462, 464.

② See Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part I, Clarendon Press, 1983, pp. 32, 33.

③ 参见贺其治：《国家责任法及案例浅析》，28～34页。

④ *International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals*, *Judgment of 1 October*, 1946, 41 AJIL 221 (1947).

⑤ Case IT-95-14-AR 108 BIS, *Prosecutor v. Blaskć*, *International Law Reports*, vol. 110, 1997, p. 698, para. 25.

⑥ Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ, Judgement of 26 February 2007, para. 170.

⑦ See Streletz, *Kessler & Krenz v. Germany*, *Applications Nos.* 34044/96, 35532/97 and 44801/98, European Court of Human Rights, Judgement of 22 March, 2001, para. 104.

法中的个人责任排除在国家责任外。因此，对于国家违反某些国际义务的刑事后果问题，国际刑法自始没有任何新的发展。

二、国际法不加禁止的行为所产生损害性后果的国际责任

（一）国际赔偿责任与国家责任

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果引起的国际责任[①]，是在现代科技条件下国家经济利用活动的产物。这种责任不同于国家责任，它并不以行为的不法性为基础。实际上，国家从事核能利用、石油或危险物质运输以及外层空间和平探索等活动不为国际法所禁止。为防止这些所谓危险活动造成越界损害和确保补偿，国家间在外空利用、石油运输和核能等领域缔结了条约，如 1972 年《空间实体造成损害的国际责任公约》和 1962 年《核动力船舶营运人双重责任公约》。在这些条约中，补偿的义务总是初级义务，是国际义务的真实内容。如果不存在这样的条约，就不可能产生这种义务。因此，在现行赔偿制度下，特定损害只引起补偿的义务，并不引起国家责任，因而也不产生请求停止活动的权利。而国家责任是违反根据初级规则的现行义务的法律后果，它属于次级规则。国家责任在于纠正国际不法行为，尽可能消除不法行为的一切后果，而国际赔偿责任的主要目的是分担损失。但是，国际赔偿责任与国家责任是有联系的。如果有关国家违反赔偿责任协定规定的补偿义务，则引起该国的国家责任。[②]

（二）国际赔偿责任编纂及制度

国际赔偿责任与国家责任的本质不同促使国际法委员会将它作为单独的一个专题进行研究。2001 年，国际法委员会完成这个专题的第一阶段工作，通过了由序言和 19 条组成的《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》，并建议联合国大会在该草案条款基础上制定一个公约。2002 年，国际法委员会继续进行这个专题的责任方面的工作。2006 年，国际法委员会通过了由序言和 8 个条款组成的《危险活动所致跨界损害的损失分担原则草案》。

《预防危险活动造成跨界损害的条款草案》与《危险活动所致跨界损害的损失分担原则草案》具有相同的适用范围，所关注的都是初级规则。前者侧重于对

---

① 在中文中，它又被称为国际赔偿责任、国际损害责任或跨界损害责任。

② 参见余民才：《国家责任法的性质》，载《法学家》，2005（4）；林灿铃：《国际法上的跨界损害之国家责任》，43～46 页，北京，华文出版社，2000。

国际法不加禁止的、其有形后果有造成重大越境损害的危险活动在核准和管制方面的预防责任；后者的侧重点是在履行了这些义务之后仍然造成跨界损害的损失分担，属于一般和剩余的性质。

预防责任要求，起源国应采取一切适当措施，防止在其领土内或其管辖或控制下的任何其他地方进行的国际法不加禁止的危险活动造成重大的越境损害或随时尽量减少这种危险。起源国应建立核准制度和风险评估制度。所有当事国应进行合作与协商，包括通知、交换情报和制定预防措施等。如果当事国发生争端，应依和平方法尽速解决。

损失分担制度的目的是确保跨界损害的受害人（自然人、法人或国家）得到及时和充分的补偿，以及保护和保全作为社区资源的环境。这里的损害是指对人员、财产或环境所造成的重大损害，包括：(1) 人员死亡或人身伤害；(2) 财产（包括成为文化遗产组成部分的财产）的损失或损害；(3) 环境受损而引起的损失或损害；(4) 修复财产或环境（包括自然资源）的合理措施的费用；(5) 合理应对措施的费用。营运人对损害承担主要补偿责任，且是一种严格有限的责任。按照《损失分担原则草案》，每个国家必须采取一切必要措施，确保其境内或其管辖或控制下的危险活动所造成的跨界损害的受害人获得及时和充分的补偿。这些措施包括：规定营运人或在适当情况下其他人或实体承担无须过失的补偿责任；要求建立并保持用以处理索赔请求的财务担保，如保险、保证金或其他财务保证；建立国家一级的行业基金。如果上述措施不足以提供充分的补偿，起源国还应当确保有额外的财政资源可用。为了能够提供补偿，每个国家必须维持平等有效的国内救济，以及适当时便捷和最经济的国际求偿解决程序。

此外，起源国应当在营运人的适当参与下，采取及时和有效的应对措施，将跨界损害降低到最低限度。这种措施包括及时通知和在适当情况下与所有受影响国或可能受影响国进行协商和合作。鼓励在全球、区域或双边基础上合作发展适当的国际协定，以对在发生特定类别危险活动时可采取的补偿、应对措施以及国内和国际救济作出有效的安排。

【课堂讨论案例】

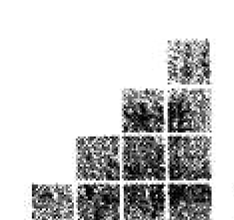
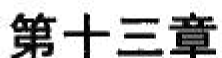
一国际环保组织在C国登记的船舶“绿色号”停泊B国港口时，被A国人X和Y炸毁，造成一名C国船员死亡。B国逮捕了这两人，经调查发现，他们是A国安全局人员。B国要求A国道歉，赔偿包括船舶及其船员在内的损失。A国

承认两人的身份，要求释放。这遭B国拒绝，并判处他们各10年监禁。经过谈判，A、B两国达成协定，规定将X和Y在A国一个小岛上监禁5年，非经双方同意，不得允许他们离开该岛屿。监禁二年后，由于X和Y健康日益恶化，A国将他们送回本土。

请结合本章内容，思考下列问题：

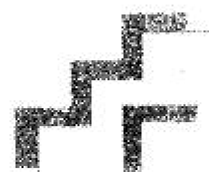
（1）B国是否有权要求A国道歉和赔偿，为什么？

（2）A国是否应为将X和Y带离岛屿的行为承担责任，为什么？


第十三章 和平解决国际争端





第三节 和平解决国际争端的法律方法

一、仲裁
二、国际法院裁判
三、区域机关或区域办法

本章概要

和平解决国际争端是现代国际法的一项基本原则。在国际交往的各个领域中都可能发生争端，现代国际法提倡：所有争端都只应以和平的方法来解决。本章讲的就是现代国际法规定的和平解决争端的方法，以及采取各种方法的规则和程序，如国际法院或联合国与和平解决争端问题等。

关键术语

国际争端 谈判 调查 调停 国际法院管辖权 专案法官 书面程序 口述程序 附带程序 维持和平行动

第一节 和平解决国际争端是国际法的一项基本原则

一、国际争端

国际争端主要是以国家为当事方的争端，包括两个国家或多国之间的争端，是指涉及国家重大利益的争端。国际争端不同于涉外民事交往中的争议，后者的当事方一般是自然人或法人，只涉及具体的权益。国际争端也不是指意识形态的不同和分歧，一国实行什么样的经济社会制度是其内政，且意识形态

不同不是以国界所能划分的。国际争端也不同于某种国际形势或事态，国家之间重大的利益冲突可能会导致局势的改变或形成严重紧张的局面。国家间、地区间乃至全球某种局面的形成有多种复杂而深刻的原因。国际争端与涉外民事交往中的争议以及其他分歧或矛盾等的主体不同、形成的原因和内容不同，解决的方法也就不同。

国际争端就其产生的原因和内容可分为政治争端、法律争端和事实争端。政治争端是指因政治利益冲突引起的争端，是不可依法律裁判的争端；法律争端是指以国际法或某项国际条约为依据的利益冲突，是可裁判的争端；事实争端是指某项事实是否存在和如何看待该项事实的争端。这种区分仅有相对的意义。

二、国际争端的解决方法

在以往和现代国际关系中，解决国际争端的方法有三种：和平的方法、强制方法、武力或战争的方法。

和平解决争端的方法，是现代国际法所积极提倡的方法。它是指在冲突方自愿的基础上平等互利地解决争端。

强制的方法是争端一方对另一方采取的措施，以求得某种平衡，对被强制方而言是非自愿的且非应得的，在现代国际关系中往往是强权的体现。传统国际法中强制解决争端的方法有反报、报复、制裁、平时封锁。反报是一国以同样或类似的行为反击另一国某种不礼貌、不友好或不公正的行为。报复是一国对另一国的国际不法行为采取的相应的强制措施，最常见的如相互驱逐外交官。在现代国际法的某些领域，报复要受制度性机制的约束，如 WTO。制裁包括经济的或政治的，现代常见的是经济制裁，如限制或禁止某类商品进出口，终止贸易或贷款，等等。平时封锁包括陆、海、空封锁或只作单项封锁。制裁与封锁往往并举，没有封锁难以实现制裁。而封锁即使是冠以“平时”也离不开使用武力。

以战争方法解决国际争端为现代国际法所禁止，《联合国宪章》规定了“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力”。但是，现代国际法没有（不可能、也不应该）完全禁止使用武力，它规定了国家在遭到武力攻击时有权进行自卫，包括国家集团的自卫。

国际法规定应以和平方法解决争端，国际关系实践证明只有用和平方法才能真正最终解决国家之间的争端。和平解决争端的方法分政治的方法和法律的方法。政治方法指外交方法和联合国途径；法律方法指国际仲裁和国际司法机构裁判。《联合国宪章》第 33 条规定：“任何争端之当事国，于争端之继续存

在足以危及国际和平与安全之维持时，应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用，或各该国自行选择之其他和平方法，求得解决。安全理事会认为必要时，应促请各当事国以此项方法，解决其争端。”

三、第二次世界大战前关于和平解决国际争端的国际法文件

在国际关系史上，解决国际争端的和平方法与非和平方法同时存在，二者是相伴适用和发展的，但将和平方法解决争端作为一项义务规定在国际法文件中始于19世纪末，从那以后有关的国际法文件主要有：

1. 1899年和1907年海牙第一公约——《和平解决国际争端公约》。[①] 该公约声称各缔约国“都愿尽力于国际争端之和平解决”，提出和平解决争端的方法有：斡旋与调停、国际调查委员会、仲裁，规定设立常设仲裁法院。

2. 1919年《国际联盟盟约》。该盟约规定“各缔约国，为增进国际间合作并保持其和平与安全起见，特允承受不从事战争之义务”，但以3个月为限。即在3个月期限届满而争端未能以和平方法解决时，则争端当事国不受该项义务的约束。该盟约规定了外交方法、仲裁或司法解决方法，规定将设立常设国际法院，并于1920年通过了《常设国际法院规约》。该盟约规定了集体防御，即“凡任何战争或战争之威胁，无论其直接影响联盟任何一会员国与否，皆为有关联盟全体之事”。该盟约规定该组织的机构介入解决争端，“联盟会员国约定，如联盟会员国之间发生足以决裂之争议而未照第十三条提交仲裁或司法解决者，应将该案提交行政院。为此目的，各方中任何一方可将争议通知秘书长，秘书长应采取一切措施，以便详细调查及研究”。该盟约开创了国际组织解决争端的先河。

3. 1928年《巴黎非战公约》。该公约规定，“所有各国关系之改变，只可用和平方法来实现，这种改变只能是和平有秩序的程序的结果”。各缔结国承诺放弃战争权利，各国间的争端或冲突“不论属何性质，因何发端，永远不得用和平以外的方法解决之”。

4. 1928年和平解决国际争端总议定书。该议定书规定缔约国之间的各种争端，凡不能以外交方法解决者，均应提交和解程序、司法程序或仲裁。

上述关于和平解决国际争端的国际法文件，虽然有的已无效力，如《国际联

① 我国在1993年11月22日承认1907年公约。

盟盟约》；有的很少被援引，如《巴黎非战公约》，但是，作为和平解决国际争端习惯规则的证明，它们仍有着现实的意义。

四、和平解决国际争端是现代国际法的一项重要原则

第二次世界大战以前，虽有一些国际条约规定了以和平方法解决国际争端的义务和程序，但尚未明确"和平解决国际争端"是国际关系的一项准则和国际法的一项原则。第二次世界大战后的国际关系和国际法的发展，确定了这项准则和原则。其中，最重要的国际文件是《联合国宪章》。

《联合国宪章》规定，"各会员国应以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义"是该组织及其会员国应遵守的一项原则。该项原则与"各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力"，"会员国主权平等"等宪章原则密切相连，构成宪章原则的核心，是国际法的一项重要原则。倘若国家之间不以和平方法解决争端，动辄使用威胁或武力，也就谈不上对其他诸项原则的遵守。为此，该宪章第六章"争端之和平解决"、第八章"区域办法"、第十四章"国际法院"以及作为宪章构成部分的《国际法院规约》，规定了和平解决争端的方法和程序。1970年《国际法原则宣言》对和平解决争端原则作了进一步阐释：争端各当事方遇未能以一种和平方法解决之情形时，有义务以商定之其他和平方法寻求争端之解决，"各当事国及其他国家应避免从事促使情势恶化致危及国际和平与安全之维持的任何行动"。这进一步说明以和平方法解决争端不仅是首选的方法，而且是一项国际法的原则。

依据《联合国宪章》原则的规定，各区域性组织的章程都规定了以和平方法解决其成员国之间的争端。1945年《阿拉伯国家联盟公约》第5条规定：禁止使用武力来解决阿拉伯联盟两国之间或数国之间产生的一切争端。1948年《美洲国家组织宪章》设专章规定和平解决争端。1963年《非洲统一组织宪章》将"通过谈判、调解、和解或仲裁，和平解决争端"作为该组织的一项原则。

在《联合国宪章》以后，联合国会员国之间缔结的条约，联合国主持制定的各项规范性的国际公约，都载入了和平解决有关争端的原则和方法。《联合国海洋法公约》以第十一部分第五节、第十三部分第六节和第十五部分，另第五、六、七、八等四个附件，对和平解决各类海洋问题争端作了尽可能细致的规定，其中选择程序和"强制调解程序"等规定，是对和平解决争端原则和方法的重大发展。

五、中华人民共和国与和平解决国际争端

中华人民共和国一贯执行独立自主的和平外交政策，注重维护和平的国际环境，以利于国内建设和发展。中国政府主张以和平方式平等协商，互让互利解决与有关国家之间历史遗留的问题和现实国际关系中发生的争端。如通过谈判解决海外华人的双重国籍问题，与邻国的领土和边界问题；通过国际会议解决朝鲜半岛的局势问题和印度支那问题；等等。我国在解决与有关国家的冲突和争端中也愿意接受第三国的斡旋与调停，如在原中苏争端中，接受了罗马尼亚的斡旋。迄今为止，历届中国政府都未适用过和平解决争端的法律方法，但这并不是中国对法律方法的否定。相反，中国的外交家和法学家们对之作出了贡献。

中国作为联合国安全理事会的常任理事国，一贯致力于创设一个正义与和平的国际关系政治、经济新秩序，主张在各国关系中遵守联合国宪章原则与和平共处五项原则，在互相尊重主权和领土完整、平等和不干涉内政的基础上，和平解决一切国际争端。中华人民共和国对于中东问题、中美洲问题、前南和巴尔干半岛问题，都敦促有关各方采取和平的方式，反对以任何借口动武或以武力相威胁。这是中国在国际事务中一贯的立场和原则。

第二节　和平解决国际争端的政治方法

和平解决争端的政治方法是指外交的方法，是1899年海牙第一公约——《和平解决国际争端公约》的规定，嗣后一直被沿用的各种方法的总称。在普遍性的国际政治性组织出现后，国际组织依其章程规定的权限和程序主持或参与解决国际争端，亦应属于和平解决国际争端的政治方法。

一、和平解决国际争端的外交方法

和平解决国际争端的外交方法是指谈判、调查、调停（斡旋或调解）、和解等，其共同点是通过外交途径，由当事者之间谈判来解决争端。斡旋或调停也是第三者介入当事者之间以谈判促成解决的方法和途径。外交方法适合于解决任何

性质的争端，而政治性的争端只能通过外交方法才能求得最终解决。

1. 谈判

谈判是和平解决争端的基本方法。它是指争端当事方通过外交等途径，直接对话来解决争端。所以，争端当事方直接谈判最适合国际关系的特点，使争端的解决达到双方都满意的结果。谈判原是一种独立的方法，又为其他方法所包含。实际上，一切外交方法都离不开谈判。《联合国宪章》第33条将谈判列在和平解决争端各种方法之首。在国际关系实践中，以谈判方法解决国际争端的案例最多，只有在争端方对立或不能直接谈判或谈判不果时才应用其他方法，且往往在运用其他方法的基础上还要回到谈判方法上来，通过谈判最终解决争端。中国一贯主张以和平方法解决一切国际争端，尤其主张由争端方直接谈判解决争端。

谈判的不足之处是当事国能否达成协议，直接受它们之间国家力量对比和谈判技术的影响。所以，谈判的结果，不一定绝对的公正。当然，由于国际法的基本原则和国际条约法关于达成协议的规则的规定，经谈判达成的合法协议应由争端各方遵守和执行。

2. 调查

调查是指通过将有关争端的事实问题提交以个人资格的委员组成的国际调查委员会解决争端的制度。它主要适用于由事实不清或对事实判断分歧引起的争端，即事实争端。但许多争端却涉及对事实的判断，因而调查又是一项重要的解决争端的辅助方法。

以个人资格的委员组成的国际调查委员会解决争端的制度，于1899年首先由《和平解决国际争端公约》作出规定。根据这一规定，对于起因于对事实的意见分歧之争端，经争端方同意设立调查委员会，以辨清事实，促进争端之解决。

一项国际争端往往有着复杂的历史和政治背景，专事调查是难以解决的。1931年日本侵略中国在东北发动“9·18事件”后，当时的国际联盟应中国政府的请求，对事件进行调查，由美国人李顿担任调查团长，即李顿调查团。调查结果虽有建议国际联盟不承认日本侵略者炮制的“满洲国”，但没有、也绝不可能阻止日本帝国主义对中国的侵略。所以，调查一般只能作为解决争端的辅助方法。

3. 调停

调解或斡旋、调停，是要在调停人的善意帮助下促成当事各方以和平方法解决争端。调停多用于争端各方十分对立的情况，其直接目的是缓和局势。海牙和平解决争端公约规定了斡旋与调停，《联合国宪章》只规定了调停。以往对斡旋与调停有不同解释，谓斡旋者只促成争端方谈判，而调停者兼提出解决争端建议

并促成谈判。现代国际关系中少有单纯斡旋，《联合国宪章》里规定的调停，也包含了斡旋。

调停人应一秉善意，调停在经争端方同意的前提下进行。调解人的建议和调停人传达的争端方的意见，未经争端各方接受没有拘束力。调停成功，调停人可参加谈判或和解；调停失效，调停人应退出。所以，调停也只是和平解决争端的一个步骤，一种辅助的方法。①

4. 和解

和解是指由个人资格的委员组成的委员会，研究争端的事实和法律问题，以促进当事者间争端的友好解决。所以，和解是以委员会的方式解决争端。和解委员会可以是常设的，也可以是特设的专案和解委员会。1928 年《和平解决国际争端总议定书》中规定了和解的程序和规则。和解是在争端方同意的基础上，经和解委员会的工作促成争端方达成解决争端的协议。

和解委员会经争端方同意组成，各方得提名一本国人担任委员。委员会工作程序除争端方有约定外由其自行决定。为求得争端和平解决，委员会得进行调查和搜集有关情报，并在审查完争端事件后提出适合解决争端的条件，供争端方达成和解协议。和解委员会提出的解决争端的条件不具有拘束力，若争端方不能就委员会建议的条件达成协议，则和解不成，委员会的工作终止。

上述和平解决争端的外交方法中，谈判是主要的基本的方法，调查、调停、和解不是独立的方法，启动其中一项常包含其他项方法的运用。

二、联合国与和平解决国际争端

《联合国宪章》除规定当事国应以第 33 条的方法和平解决其间之争端外，还有关于联合国机构参与解决争端的规定。联合国机关参与解决国际争端除了和平方法以外，还有强制方法和军事干预。这里只涉及和平的方法。

（一）联合国机构参与解决国际争端

联合国中具有和平解决争端职能的机构有大会、安全理事会、国际法院和秘书长。《联合国宪章》还规定了解决争端的区域办法。为加强联合国在和平解决争端中的作用，大会于 1988 年 12 月通过了《关于预防和消除可能威胁国际和平

① 应注意，这里的调解与《联合国海洋法公约》第十五部分和附件五的调解和强制调解程序是不同的。

与安全的争端和局势以及关于联合国在该领域的作用的宣言》（以下简称"1988年宣言"）。联合国机构参与解决的争端不是指一般或任何一项争端，专指"足以"或"可能"威胁国际和平与安全的争端。

依照《联合国宪章》的规定，联合国大会就有关争端的局势，只有讨论和在《联合国宪章》第12条第1款的限制下向安理会提出建议的职能。大会的特别紧急会议多是讨论有关局势的。大会的讨论和建议有着政治的和舆论的影响，是不应被忽视的。

依照《联合国宪章》的规定，秘书长对于以和平方式解决争端不可能有太大作为。依照该宪章第12条第2款和第99条的规定，只是秘书长对于威胁国际和平与安全的任何事件提请安理会注意和经安理会同意向大会报告。严格说，这里涉及的是和平与安全问题，而不是一般的和平解决争端。但在国际关系的实践中，秘书长为和平解决争端进行的斡旋或调停，发挥了极其重要的作用。1988年宣言对秘书长在和平解决争端方面可以采取的行动有较多发展，指出：秘书长可充当争端或局势的报告员，可协助安理会审查争端或局势的事实，可与有关国家直接接触进行斡旋，调查有关事实或建议采用区域办法，等等。

联合国机构参与和平解决国际争端，是《联合国宪章》原则的要求，应在不违背宪章原则的条件下进行，不得损及当事国任何一方的主权和领土完整，不得干预本质上属于当事国内部管辖的事务。1988年宣言重申了这一原则。

（二）联合国安理会与和平解决国际争端

联合国安理会是一个政治组织。它在和平解决国际争端方面，发挥着重要的作用。

根据《联合国宪章》第37条的规定，其持续将可能危及维持世界和平与安全的争端的当事国，如果它们相互之间不能以《联合国宪章》第33条规定的方法来解决争端，就应将争端提交给安理会。安理会如果认定争端和事态的存在将危及世界和平与安全，就可以决定在考虑当事国已采取方法的基础上，建议适当的调整程序或方法。另外，除了当事国提交以外，安理会为了断定事态的存在是否会对国际和平与安全产生危害，也可以自发地进行调查。1988年宣言还特意增加了关于安理会可采取"派遣事实调查团或斡旋团，或建立联合国进驻的适当形式"的规定。

当任何一个安理会理事国提出请求或以上述方式提交争端时，安理会主席应召开安理会会议。作为争端当事国的安理会非理事国或联合国非会员国，都有权参加该争端的讨论，但没有投票权。与非理事国的利益相关的国家如果得到安理

会同意，也可参加讨论，但没有投票权。另外，这种讨论与《联合国宪章》第七章的规定不同，根据该宪章第六章的规定，安理会能做的只是对和平解决争端提出建议，这种建议对当事国不产生法律上的拘束力。

当安理会在建议解决争端的程序时，关于法律性质的争端原则上应提交给国际法院。除此以外，就没有任何关于解决的标准，所以其自由裁量权非常大。但《联合国宪章》在关于"联合国宗旨"的第 1 条中规定：联合国的目的和原则包含了"以和平方法且依正义及国际法之原则，调整或解决足以破坏和平之国际争端或情势"。

（三）联合国维持和平行动

《联合国宪章》对联合国维和行动并没有作具体和明确的规定。然而，由于根据《联合国宪章》第六章的规定，安理会具有建议以适当程序或办法和平解决争端的综合权力，并且，安理会还可以根据该宪章第七章，为了恢复和平而作出具有拘束力的决定，所以，联合国安理会从 1948 年起，就开始授权部署军事和警察部队维持和平。

不同的维和行动，具有不同的职能。例如，通过调停，帮助恢复和平、监督停火协定的执行；核实各派系根据和平协定解除武装；在缓冲区巡逻；以及监督选举，协助受到战争破坏的国家重建家园；等等。虽然具体职能不同，所有这些维持和平行动基本上都具有一个共同的先决条件，即：维和人员的行动事先必须得到其行动所在国的同意。维和行动人员应当在有关国家和派系之间保持中立。此外，维和行动人员只配备少量武器或不携带任何武器，也就是说，他们没有装备和授权参与军事行动，而只能对他们自己进行必要的人身保护。

联合国自成立以来在全球范围内共开展了六十多次维持和平行动。随着国际形势的发展，中国现在积极地参加联合国维和行动。例如，中国参加了联合国在利比里亚、海地和苏丹的维持和平行动，为维护世界和平与安全作出了贡献。

三、区域机关或区域办法

《联合国宪章》第 33 条列举了"区域机关或区域办法"，是由区域性国际组织参与解决争端或经区域相关国家之间采取措施解决。该宪章和 1988 年宣言规定有安理会或秘书长得建议，当事方采用区域办法解决争端。该宪章第八章规定区域办法"用以应付关于维持国际和平与安全而宜于区域行动之事件者"，且以不违背该宪章的宗旨和原则为限。区域办法不得妨碍安理会职能内的执行行动，

并应向安理会报告依区域办法已经采取或正在考虑的行动。现有区域性组织章程都有关于和平解决争端的规定。《阿拉伯国家联盟公约》是《联合国宪章》前的文件，其第5条规定：会员国之间的争端不得诉诸武力，其间争端交由联盟理事会解决时，"理事会的决议应为有效和必须遵守"。理事会应调解会员国之间可能导致战争的争端，务使取得和解。它还规定了"有关仲裁和调解的决议应取决于多数"。

1948年《美洲国家组织宪章》在宗旨中规定"保证会员国间可能发生的争端的和平解决"。它设专章规定了和平解决争端的方法和程序，"美洲国家之间可能发生的一切国际争端，在提交联合国安全理事会之前，必须交由本宪章所规定的和平程序处理"。这些和平程序有："直接交涉、斡旋、调停、调查与和解、司法解决、仲裁以及争端当事国在任何时期所特别同意的其他程序。"这些条款规定了会员国以和平方法解决争端的义务，但会员国有权选择适当的程序。它们还规定了，会员国之间订立"一种特别条约应建立和平解决争端的适当程序并决定应用这些程序的适当手段，务使美洲国家之间的任何一争端不致在一个合理时期中不能得到确定的解决"。

1963年《非洲统一组织宪章》将"通过谈判、调解、和解或仲裁，和平解决争端"规定为一项组织原则，规定成立非洲的"调解、和解仲裁委员会"。

1967年《东南亚国家联盟成立宣言》宣布东南亚国家为共同利益，本着平等与合作的精神，对地区的和平、进步和繁荣作出贡献。"在这个区域的国家关系中严格尊重正义原则和法制，并遵守联合国宪章的原则，以促进区域的和平和稳定。"该宣言在原则上规定了成员国和平解决争端的义务。

至于欧洲，它主要是在欧洲联盟的框架之内解决其相互间的争端。欧洲联盟是欧洲部分国家的联合，其某些职能带有超国家的性质；其内部解决争端的机制有一些特点，如"制度化的谈判"，以及关于设立"仲裁小组"的规定等。

第三节　和平解决国际争端的法律方法

和平解决争端的法律方法指仲裁（公断）和国际司法机构裁决。这种方法的共同点是经法律程序依法律裁判是非、解决争端，适用于解决法律性质的争端，对于事实争端有的也可依法律判断。政治性争端，即使是包含着法律内容的政治

性争端，也难以用法律方法来解决。[1] 法律方法有其独立性，但在实际运用中是外交方法的补充，即一般只有在一项争端不能以外交方法解决时，当事方才将其提交法律程序。而且，在法律程序进行的任何阶段，当事方都可撤案，转而经谈判或和解来解决争端。

一、仲裁

仲裁（公断）指经当事方约定将争端交由仲裁人（庭）裁决。这里的仲裁是国际仲裁，不同于国内仲裁，也不是国际商事仲裁。仲裁也不同于国际法院的裁判，其特点是仲裁程序和效力都是经当事方约定的。

国际仲裁是根据1794年英国和美国之间签订的《杰伊条约》实施的仲裁发展而来的。所以，仲裁是一种古老的解决争端的方法，它随着资本主义经济的发展而发展，是国际关系的紧密化的自然结果。在1899年和1907年《和平解决国际争端公约》、1928年《和平解决国际争端总议定书》中有规定，1958年联合国国际法委员会拟定了《仲裁程序示范规则》。仲裁是以当事方约定为根据的，因而，《仲裁程序示范规则》有"示范"的性质。

（一）仲裁协定

当事方关于仲裁的协定是仲裁效力的法律根据。仲裁协定有三种：（1）仲裁条约，缔约国约定彼此间争端得交付仲裁。仲裁条约有公约，如《和平解决国际争端公约》；有双边的仲裁专约，旧中国政府曾与一些国家订立了仲裁专约。[2]（2）条约中的仲裁条款。现今各类条约在解决该条约事项争端的规定中，几乎都有条款规定了仲裁，如《联合国海洋法公约》以两个附件规定仲裁事项。（3）专案仲裁协定，争端发生后当事方达成的将案件交付仲裁的协定。专案仲裁协定是仲裁的基础，因为即使争端方同是第一、第二种仲裁协定的当事国，遇有争端交付仲裁时，仍须有专案协定，前二者只确定了得将争端交付仲裁的一般义务。

诉诸仲裁须经争端当事方协定，是仲裁具有效力的法律根据，也是仲裁的基本特征。仲裁协定的内容包括：仲裁庭的组成、仲裁程序、裁决的效力、仲裁地

---

① 如1979年美国/伊朗"外交和领事人员案"。伊朗侵占美国驻德黑兰使馆，扣押其人员，违反了外交关系公约和领事关系公约，但起因却是伊朗革命后的美伊关系，有明显的政治原因。此案虽经法院判决，但并未依之执行，且美国也未要求执行。此争端是另经美伊协议解决的。

② 1909年清政府与巴西订立了《公断条约》，1915年北洋军阀政府与荷兰订有《公断条约》，1930年中华民国政府与美国订有《公断条约》，但均没有案件提交仲裁。

点和费用等。

(二) 仲裁庭

仲裁庭由当事国自己选任的仲裁员组成。仲裁员人数应为奇数。仲裁庭通常由3名仲裁员组成，也可以由5人组成，甚至由1人组成。由1人组成的仲裁庭由争端双方共同指定。由1人以上组成的仲裁庭由争端双方各指派1名或2名仲裁员，第3名或第5名仲裁员由争端双方共同指定或双方已指派的仲裁员共同指定。仲裁员应从具有公认的国际法资格的人士中选出，遇专业性强的特殊案件，仲裁员中应有相关的专业人员。仲裁庭一经成立，在其作出裁决前，其组成应保持不变。如某一仲裁员因死亡、解职或辞职而空缺时，则按原来指派仲裁员的程序予以补缺。

常设仲裁法院。该法院是依1899年《和平解决国际争端公约》于1900年设立的，院址在荷兰海牙。常设仲裁法院虽称"常设"，但真正"常设"的只是一个国际事务局。仲裁法院具备一份由各缔约国选定的至多四名公认精通国际法、享有最高道德声誉的人士组成的仲裁员名单。仲裁员任期6年，得连任，由国际事务局通知缔约国，同意根据协商，从该名单中选择仲裁员组成仲裁庭。①

(三) 仲裁程序

争端交付仲裁时应说明争端的主题，并就解决争端适用的法律和程序达成协议。在争端方对适用法律没有协议的情况下，仲裁庭应适用《国际法院规约》第38条指明的国际法。

仲裁程序分辩护和审讯两个阶段。辩护为书面程序，由双方提出诉状和辩护状，仲裁庭有权索取证据和一切相关资料。审讯为口头程序，双方得派律师、代理人或辅佐人员出庭，在首席仲裁员（庭长）的指导下，各自阐明观点，分析证据。审讯只有在双方同意并经庭长裁决才能分开进行。审讯应作记录，经庭长、书记官或秘书签字存档。在程序进行中可以裁定采取临时保全措施。两阶段程序可反复进行，也可经双方协议请求中止程序。

(四) 仲裁裁决

仲裁裁决由仲裁庭秘密讨论作出。法庭讨论由庭长主持、全体仲裁员参加，裁决经多数票作出，除仲裁协定另有规定外，裁决应附注仲裁员的个别意见或异

① 1994年，联合国大会授予常设仲裁法院观察员地位。

议意见。在一方不出席程序的情况下，经他方请求也可作出裁决。

裁决应构成争端的确定解决，对争端各方有拘束力，应予立即执行或在裁决规定的期限内执行。但若争端方对裁决意义或范围不明而要求解释，或因发现对裁决有决定因素的新事实而要求修改裁决，可在一定期限内提出。根据《仲裁程序示范规则》，前者可在作出裁决的 3 个月内提出；后者可在发现事实后 6 个月内提出，这种请求无论如何要在作出裁决 10 年内提出。[①]

二、国际法院裁判

国际法院是由常设国际法院发展而来。国际联盟于 1920 年制定了《常设国际法院规约》，成立了常设国际法院。[②] 第二次世界大战爆发后，该法院就实际停止了受理案件，1946 年 4 月该法院解散[③]，由 1946 年成立的联合国国际法院取代。

国际法院是联合国的主要机构之一，其规约是《联合国宪章》的组成部分。国际法院又是一个独立的机构，依据《联合国宪章》和《国际法院规约》与规则独立解决国际争端。国际法院院址在荷兰海牙。

（一）法院的组成

1. 法官。国际法院由 15 名法官组成，其中不得有 2 人为同一国籍。法官经由联合国大会和安全理事会同时分别选举产生，在两处得绝对多数票者当选。候选人由各国政府委托有关团体提出。候选人“应为品格高尚并在各国具有最高司法职位任命资格或为公认的国际法公法学家”。当选法官中“并应注意务使法官全体能代表世界各大文化及各主要法系”。当选法官任期 9 年，每 3 年改选 1/3，得连选连任。我国已先后有四人当选国际法院法官，他们是徐谟、顾维钧、倪征
 和史久镛。法官是专职的，不是其国籍国的代表，不得担任任何政治或行政职务，亦不得执行任何其他职业性质的任务。除其余法官认为其不再符合法官所必要的条件的情况外，不得免职。法官执行职务时，应享有外交特权与豁免。

2. 院长和副院长。院长由法官从法官人选中选举产生，任期 3 年，可在其法官任期中连选连任。

---

① 参见《仲裁程序示范规则》第 36 条。

② 与国际法院不同，常设国际法院并不是国际联盟的一部分。

③ 常设国际法院在其存在期间取得了显著成绩。1922 年至 1940 年间，法院就 29 个案件作出了判决，提供了 27 项咨询意见。法院还对国际法的发展作出了重要贡献。

3. 专案法官和襄审官。遇一案件法官中有当事一方国籍的，则他方可派一专案法官参与该案审理。专案法官应具有与法官相近的资历，在该案中与当选法官权利相同。

在某一诉讼或咨询案件中，法院得主动或依当事方请求委派襄审官。襄审官协助审理案件，但没有表决权。

4. 书记处。书记处掌管法院的文书、档案和对外联系等事务。书记处设书记官长，副书记官长和工作人员。正、副书记官长由法院成员提名并选举产生，任期7年，得连选连任。候选人应有高深的语言造诣、法律、外交及国际工作的经验，当选后要宣誓，愿忠诚、谨慎执行职务。书记处的工作人员由法院根据书记长官提名委派。

（二）法院的管辖权

国际法院的管辖权有诉讼管辖权和咨询管辖权。

1. 诉讼管辖权

国际法院的诉讼管辖权涉及谁有权成为法院的诉讼当事方，以及对哪些事项有权行使管辖。根据《国际法院规约》的规定，法院的诉讼当事方仅限于国家，即只有国家才可以向国际法院提交案件。有权利用国际法院的国家是指：（1）联合国会员国；（2）根据大会经安理会建议所决定的条件成为《国际法院规约》当事国的非联合国会员国；（3）任何其他国家，虽不是联合国会员国，也不是《国际法院规约》当事国，但已向书记官处交存一项符合安理会规定条件的声明，承认国际法院的管辖权，保证认真遵行国际法院的判决。

国际法院有权管辖的事项是诉讼当事方自愿接受管辖的争端。根据《国际法院规约》第36条，这类争端可分为三种：（1）各当事国提交的一切案件，即争端当事国共同缔结一项特别协定所提交的案件；（2）《联合国宪章》或现行条约或协定中所特别规定的一切事件；（3）当事国随时声明接受国际法院管辖的属于特定性质的一切法律争端。国际法院因此取得的管辖权分别称为“自愿管辖”、“协议管辖”和“任择性强制管辖”。任择性强制管辖在于：《国际法院规约》当事国随时声明，就与接受同样义务的任何其他国家所发生的某种性质的法律争端，承认国际法院的管辖为当然而具有强制性，无须另定特别协定。[①] 这类性质的法律争端是：（1）条约的解释。（2）国际法的任何问题。（3）任何事实的存

---

① 在安理会5个常任理事国中，目前只有英国所作的声明仍然有效。法国和美国以前曾作此项声明但又撤回，而中国和俄国从未发表过此项声明。

在，如经确定即属违反国际义务者。(4) 因违反国际义务而应予赔偿的性质及范围。依《国际法院规约》第 36 条第 3 款的规定，单方面声明可无条件作出，也可以数个或特定国家间彼此拘束为条件，还可以一定期间为条件。

2. 咨询管辖权

咨询管辖权是指国际法院对按照规定向它提出的任何法律问题发表咨询意见的职能。《联合国宪章》第 96 条规定，联合国大会、安理会可就任何法律问题，请求国际法院发表咨询意见；联合国其他机构和专门机构，对于其工作范围内的任何法律问题，可随时以大会授权，请求法院发表咨询意见。依《国际法院规约》第 65 条的规定，可以请求法院发表咨询意见的是由《联合国宪章》授权或依《联合国宪章》而请求的“任何团体”。实践中，有权提出咨询请求的只有联合国机关和 16 个联合国专门机构。这些联合国机关是：大会、安理会、经社理事会、托管理事会、大会临时委员会和要求复核行政法庭所作判决的申请书委员会。联合国秘书长、会员国不能向法院请求咨询意见。

(三) 法院审理案件的组织形式

除《国际法院规约》另有规定外，国际法院审理案件应由全体法官开庭。法官 9 人构成法院的法定人数。国际法院还可设立如下分庭：(1) 特种案件分庭，由法官 3 人或 3 人以上组成，处理诸如劳工案件和关于过境与交通案件。自 1993 年以来，国际法院设立了一个包括 7 名法官的环境事务分庭。(2) 特别分庭。此分庭是法院为处理某特定案件经当事国同意而设立。1982 年美国与加拿大之间关于缅因湾海洋边界划界案第一次采用了这种分庭。随后的布基纳法索与马里边界争端案，萨尔瓦多与洪都拉斯关于陆地、岛屿和海洋边界争端案等 3 个案件也采用了这种分庭。(3) 简易程序分庭。此分庭是法院为迅速处理案件，由 5 名法官组成，经当事国请求而采用。法院可在海牙以外的地方开庭。

(四) 适用的法律

国际法院对于提交给它的各项争端，应依国际法来裁判，裁判时应适用的法律有：(1) 确立诉讼当事国明白承认之规条的国际条约，不论是普通的还是特别的。(2) 作为通例之证明而经接受为法律的国际习惯。(3) 为文明各国所承认的一般法律原则。(4) 司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则的补助资料。此外，如果经当事国同意，法院可依“公允及善良”原则裁判案件。

在审判实践中，国际法院适用的法律主要是国际条约和国际习惯，很少适用

一般法律原则，"公允及善良"原则迄今尚未适用过。

(五) 诉讼程序

诉讼程序由书面程序和口述程序两部分组成。

1. 起诉。当事国向法院提起诉讼有两种方式：(1) 通过发出关于特别协定的通知。即争端当事方将双方同意把争端提交国际法院审理而缔结的双边协定通知书记官处而提起诉讼程序。(2) 通过请求书。即一个国家单方面地将根据一个条约的管辖权条款或任择性条款的声明对另一个国家的请求书，送达书记官处而提起诉讼程序。请求书必须说明争端的确切事由、争端各当事方的名称、请求国主张法院有管辖权的依据。同时，请求书还应具体说明主张的确切性质，并简要陈述事实及其主张所根据的理由。国际法院诉讼案件的75%是通过请求书提起的。

2. 书面程序。指将诉状、辩诉状以及必要时之答辩状连同可资佐证的各种文件及公文书，送达法院及各当事国。经"特别协定"或"申请书"确定管辖后，法院可以命令争端各方在一定期限内提出诉状和辩护状，并提供证据和一切可供佐证的资料。经当事方要求，或法院认为必要时，可命令各方在限期内提出答辩状和复辩状，内容应是向法院提出新的事实、理由或法律依据。

3. 口述程序。指法院审讯代理人、律师、证人、鉴定人及其他辅佐人。书面程序结束后，法院应即进行口述程序。口述程序是法院辩论阶段，法院得提出需要辩论之点，争端方要对争议点充分阐述。在辩论过程中，法院和当事方均可传唤证人。辩论结束前，当事方可作最后陈述。一方对另一方的最后陈述，可在口述程序结束后作书面回答。法院应将对最后陈述的回答通知另一方，并给予表示意见的机会，必要时得重开口述程序。

在分庭适用简易程序时，没有口述程序。

4. 附带程序。这是正常程序进行中的特殊问题，即不是每案必经之程序。最常见的附带程序是"初步反对意见"和"临时措施"。初步反对意见是指对法院管辖权的反对，或对控方是否有权提起或参与诉讼的反对等，目的是要阻止程序进行，以免导致不利的判决。初步反对意见能否成立由法院裁决。临时措施指在审讯过程中经法院裁决采取的临时保全措施。临时措施是一种临时禁令，一般目的是在国际法院就争端作出最终判决之前冻结形势。临时保全得经当事方请求法院批准采取措施，或由法院主动决定采取措施，但均须以采取措施是"必要"的或"紧急的"为前提，即若不采取措施，争端方的权益就会受到不可弥补的损失。措施包括对财产的冻结或扣押，或禁止某些行为。

此外，还有四种可能的附带程序：(1) 不到庭。(2) 参加诉讼，即在诉讼过

程中，如果第三国认为案件对其具有法律性质的利益，可以要求允许参加诉讼。国际法院就该请求作出裁决。(3) 反诉，即被告国在辩诉状中提出与另一方诉讼请求的标的直接有关并属于法院管辖范围的反请求。(4) 合并诉讼，即国际法院如果认为不同诉讼的当事方就同一问题对共同抗辩方提出同样的论点和陈述，国际法院可以命令将诉讼合并。

5. 法院判决及其效力。法院审理案件，除因当事方请求停止诉讼外，应对案件作出判决。判决经出庭法官秘密评议作出，经两评二读后，最后表决。表决以口头方式进行，或同意，或反对，不得弃权。判决以多数法官同意通过，持反对意见或须作说明的法官，得在判决书上附明意见。判词要说明理由并载明参与裁判的法官的姓名，载明判决是由法院或分庭作出。

法院判决一经作出应在法院公开庭上宣读。正式判决书两份：一份法院存档，一份交当事国。另由书记长官制作副本，送联合国秘书长、联合国各会员国和其他国家。

国际法院判决是确定性的，有法律约束力，不得上诉。依《联合国宪章》第94条的规定，会员国“承诺遵行国际法院之判决”，遇一方不履行判决时，他方得向安理会申诉。安理会认为必要时，得作出建议或决定应采取的办法。国际法院的裁判只对该案及其当事国有效。

当事国对判决之意义或范围发生争执时，可请求法院予以解决。当事国若在判决作出后发现能影响判决的新的决定性的事实，且这一事实是在诉讼过程中当事国不可能得知的，则可申请法院复核判决。复核程序同诉讼程序，时效为10年。

(六) 咨询程序

请求国际法院提供咨询意见得经过申请，申请书要对请求咨询的问题作确切的叙述，并应提送一切有关文件。法院接受咨询，应向所提问题涉及的有关组织或国家发出通知，请他们陈述意见。若被咨询的问题是有关国家之间未决定法律争端，则它们得依《国际法院规约》第31条的规定参与程序。提出陈述意见的国家，有权对他国或组织的陈述进行评论，但评论应在规定的期限内作出。

国际法院作出的咨询意见应当庭公开宣告，并应事先通知联合国秘书长、直接有关之国家和组织，还应通告全体会员国。

(七) 法院的地位、作用与未来

国际法院是联合国的主要司法机关，其职能是在国家同意接受管辖基础上处

理国家之间的争端和对有权机关请求的法律问题提供咨询意见。它没有刑事管辖权，无权审判个人（如战犯）。[①] 它也不能受理私人提交的案件，而有些区域性司法机关具有这样的职能，如欧洲法院、欧洲人权法院和美洲人权法院等。国际法院不是各国司法机构可以上诉的最高法院，不是个人提出最终申诉的法院，也不是任何国际法庭的上诉法院。诸如国际海洋法法庭等专门国际审判法庭都是独立于国际法院的。

国际法院自成立以来，已审理了一百多个案件，其中80%是国家之间的诉讼案件，20%是联合国机关或专门机构要求发表咨询意见的案件。诉讼案件大部分涉及领土、边界与海洋争端，其他涉及国籍、庇护权、管辖权、豁免权、外交求偿、外交与领事和非法使用武力等。咨询案件主要涉及国际组织及其行使职能的法律。有些案件还涉及其他重要问题，如非殖民化、以核武器进行威胁和使用核武器的合法性以及在占领领土上修建隔离墙。国际法院处理的诉讼案件成功地解决了有关国家之间的争端，避免了有关国家间一触即发的武装冲突，为维持国际和平与安全作出了重要贡献。迄今为止，除了几个例外，有关国家都服从并忠实执行了法院的判决。国际法院的咨询意见虽不具法律拘束力，但在国际法上具有相当的权威性，对国际组织和各国的实践有指导性作用。而且，无论诉讼判决还是咨询意见，都极大促进了国际法的阐明与发展。因此，国际法院在和平解决国际争端和国际法的促进与发展方面的地位不可取代。

国际法院应当与时俱进。因此，改革国际法院就成为一个议题。国际法院改革主要涉及扩大法院规模及权限。有些人认为，15名法官组成的法院不再能充分代表国际社会，应当将法官的数目增加到20名或以上。法官任期也应改进，只能服务一任，但可延长任期，如15年一任。对于扩大法院的权限，有些人提出扩大向法院申诉的权利。即允许将提起诉讼程序的权利给予国家以外的当事方，如国际政府间组织，甚至非政府组织、公司或个人；而咨询程序也可以向国家、联合国秘书处或联合国以外的区域性国际组织和世界贸易组织等各种政府间专门组织开放。还有人甚至建议，国际法院应成为国际法庭（如国际海洋法法庭和国际刑事法院），甚至国内法院的上诉法院。

国际法院的改革有助于使之更具代表性和权威性。但作为联合国改革的一部分，国际法院的改革也必将存在困难。法院的权力，特别是在诉讼程序中的权力，由于取决于案件当事国同意的法院管辖权所限，似乎难以大加扩张。而且，

① 这项任务属于国内管辖、前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭等由联合国设立的特设刑事法庭及国际刑事法院。

扩大法院规模及权限需要修改《国际法院规约》，这实际就等于要修改《联合国宪章》。因此，国际法院的未来最终要取决于各国的意愿。

【课堂讨论案例】

A国一架民航班机在大西洋上空爆炸，造成乘客和机组人员全部罹难。A国指控系两名B国情报人员所为，要求引渡他们到A国受审，否则将轰炸B国情报大楼。这为B国拒绝，要求谈判或仲裁争端。这又遭到A国拒绝。因此，B国在将被控嫌疑人提交其主管当局进行起诉时，援引1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》第14条第1款（两国没有对该条款提出保留）向国际法院提交申请书，请求法院判定它履行了公约义务，制止A国的非法行为。其后，联合国安理会根据《联合国宪章》第七章通过1747号决议，要求B国毫不迟延地将嫌疑人交给A国审判。A国反对国际法院对该争端的管辖。

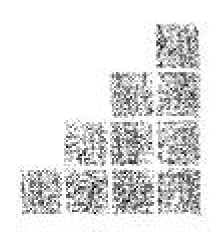
请结合本章内容，思考下列问题：

(1) 联合国安理会与国际法院在和平解决国际争端上的关系是什么？

(2) 国际法院对B国提交的案件是否有管辖权？

(3) A国对国际法院管辖权的反对是否成立？





第十四章 武装冲突法



第一节　概述	一、武装冲突法的形成与发展 二、武装冲突法的几个概念
第二节　武装冲突法的基本内容和特点	一、武装冲突法的内容和范围 二、武装冲突法的特点
第三节　对作战手段和方法的限制	一、使用作战手段和方法的基本原则 二、陆战 三、海战和空战的特殊规则
第四节　对战争受难者的保护	一、保护战争受难者的范围和内容 二、武装冲突法中的新问题

本章概要

国际法不仅对国家和平时期相互之间的关系予以规范，而且还对它们在武装冲突中的相互关系予以规范。武装冲突法是在战争和武装冲突中，以条约和惯例形式，用来调整交战国和武装冲突各方之间、交战国和中立国之间关系以及交战行为的原则、规则和制度的总体。武装冲突法涉及作战方法和手段、对战争受害者的保护、对武装冲突中的违法行为人的刑事责任的追究、惩治战争犯罪以及国际刑事司法机构等。

关键术语

武装冲突　战争　国际人道法　战斗员　平民　战俘　纽伦堡审判　东京审判　国际刑事法院



第一节　概　述

传统国际法由两大部分组成：和平法与战争法。战争法之所以是国际法的重要部分，是因为一个简单的事实：在国与国的关系中，尽管始终有渴望和平、消灭战争的愿望和呼声，但战争与武装冲突远远还不能避免。国际法承认这一事实。在承认这一事实的基础上，出于人道的考虑，形成了旨在对战争与武装冲突加以限制和规范的原则与规则。这些原则和规则构成了国际法中的武装冲突法。

一、武装冲突法的形成与发展

国际关系中有关使用武力的法律规则，有时被称为“战争法”，有时被称为“武装冲突法”，有时又被称为“战争与武装冲突法”。尽管称谓不同，但它们所指的法律规则基本上是一样的。在现代国际法中，“武装冲突法”这一概念正在逐步取代传统国际法意义上的“战争法”概念。

武装冲突法是由传统国际法中的战争法发展演变而来的。1625年荷兰的格老秀斯在《战争与和平法》一书中，全面阐述了传统的和中世纪的战争思想与战争规则，形成了以战争法为主要内容的国际法学体系。1800年前后，出现了两次“武装中立”，形成了一些重要的战争法规则，奠定了近代战争法的基础。近代战争法的发展在19世纪末20世纪初达到了第一次历史性高潮，其标志是1899年和1907年的两次海牙和平会议。这两次会议除了制定关于和平解决国际争端的公约外，还制定了一系列战争法公约。第二次世界大战以后，战争法又有新的发展，主要标志是《联合国宪章》、日内瓦四公约①及其两个附加议定书②的缔结，以及纽伦堡军事法庭和东京军事法庭的审判。

---

① 这四个公约是：1949年《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》、《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》、《关于战俘待遇的日内瓦公约》和《关于战时保护平民的日内瓦公约》。

② 这两个附加议定书是：1977年《日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第一议定书）和《日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第二议定书）。

二、武装冲突法的几个概念

1. 武装冲突法的适用范围。武装冲突是国与国之间、政府与敌对武装团体之间或敌对武装团体相互之间的军事对抗。武装冲突的主体主要是国家，但又不限于国家，它还包括民族解放组织和非国际性武装冲突中的各方，如内战中的叛军团体。事实上，自第二次世界大战结束以来，经常发生的主要是国家内部的武装冲突。

2. 武装冲突可以是有战争状态的，也可以是没有战争状态的。按照传统国际法，战争是一种法律状态。法律意义上的战争主要指交战各国有“交战意思”。存在“战争状态”的武装冲突，也要看其他国家和国际组织的态度。如果交战一方或双方宣战，其他国家宣布中立，那就意味着法律上战争状态的存在和交战双方和平关系的正式结束，战争法和中立法开始适用，并由此而产生一系列的法律后果。战争是指存在战争状态的武装冲突，而不存在战争状态的武装冲突主要是指武装敌对行为的事实。

3. “武装冲突法”体现了对“诉诸战争权”的限制。传统国际法承认战争是国家推行政策的工具，是解决国际争端的合法手段，承认“诉诸战争权”是主权国家的合法权利。但随着国际法的发展变化，国家的“诉诸战争权”逐渐受到了限制。

20 世纪 20 年代之后，国际上签订了一些法律文件，宣布废弃战争作为实现国家政策的工具。这方面的第一个重要文件是 1928 年《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》（以下简称《巴黎非战公约》)。《巴黎非战公约》序言宣称：“相信断然地废弃战争作为实行国家政策工具的时机已经到来。”该公约第 1 条规定：“缔约各方以他们各国人民的名义郑重声明，它们斥责用战争来解决国家纠纷，并在它们的相互关系上废弃战争作为国家政策的工具。”第 2 条规定：“缔约各方同意，它们之间可能发生的一切战争或冲突，不论其性质或起因如何，只能用和平的方式加以处理或解决。”

4. 关于禁止非法使用武力。禁止非法使用武力的概念，主要是来自《联合国宪章》。该宪章序言宣布联合国组织的目的是“欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸”，因而为达此目的“保证非为公共利益，不得使用武力”。该宪章第 2 条第 4 款规定：“各会员国在其国家关系上不得使用武力或威胁使用武力，或以与联合国宗旨不符之其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。”该宪章禁止使用武力或武力威胁是国际法在战争方面的

进一步发展。但是，该宪章并没有禁止所有的武器使用，在自卫、联合国安理会授权或采取行动、争取民族独立的组织抵抗殖民主义镇压等情况下使用武力是合法的。

第二节　武装冲突法的基本内容和特点

武装冲突法是调整交战国或冲突各方之间、交战国与中立国之间的关系，以及规范交战行为的原则、规则和制度的总和。随着社会历史的发展、军事技术的改进以及战争或武装冲突规模的变化和发展，武装冲突法也在不断地发展变化。

一、武装冲突法的内容和范围

武装冲突法的内容主要包括两个部分：第一部分是战争和武装冲突的开始和结束，以及战争和武装冲突期间交战国或冲突各方之间、交战国与中立国之间的法律关系的原则、规则和规章制度。这部分内容主要是传统战争法中的宣战、缔结和约、中立等方面的制度。第二次世界大战以后，几乎所有重大的国际武装冲突都不是在战争的名义下进行的。由于没有宣战，也就没有缔结和约；由于没有战争状态的存在，也就没有中立的地位。所有传统战争法的内容在第二次世界大战以后基本没有什么发展。第二部分是关于作战手段和作战方法，以及在战争和武装冲突中保护平民与其他战争和武装冲突受难者，改善伤、病员待遇的原则、规则和制度。这部分内容既适用于传统意义上的战争，也适用于非战争的国际武装冲突，同时还适用于发生在一个国家内部的武装冲突（“非国际性武装冲突”）。这一部分的内容在第二次世界大战以后有了较大的发展。

从历史发展看，战争与武装冲突法可分为两个体系：一是海牙体系，主要是两次海牙和平会议上形成的关于作战手段和方法以及中立的一系列条约，包括1856年《巴黎海战宣言》、1868年《圣彼得堡宣言》和1925年《日内瓦议定书》等关于作战手段和方法的条约与习惯。二是日内瓦体系，主要是在日内瓦签署的关于保护平民和战争受难者的条约。这是第二次世界大战以后唯一独立于联合国组织以外编纂、发展的法律体系。海牙体系和日内瓦体系既有差别，又有联系。海牙公约中的许多规定，例如战俘待遇、军事占领等已经分别被纳入了1929年

和1949年日内瓦公约。而1977年日内瓦公约《附加议定书》则通过其关于限制作战方法和手段的规定，使日内瓦体系不但包括改善伤、病员境遇，保护战俘、平民和其他战争受难者的原则和规则，同时也包括作战方法和手段方面的原则和规则。这两个体系结合起来就构成了西方国家所称之“国际人道法”。但它也属于武装冲突法。

二、武装冲突法的特点

武装冲突法最明显、最突出的特点是它不仅存在于迄今已制定的许多条约中，而且还以各国公认的习惯的形式发挥作用。战争法规则是古老、悠久的。有关战争与武装冲突的条约的大部分规定只是宣布现行的国际习惯法，编纂已经存在的惯例。正如1907年第二次海牙和平会议修订的《陆战法规和惯例公约》的序言中明确指出的：该公约的目的并不在于制定一部完整的陆战法典，而在于“将战争法规及其惯例重新加以修正，其目的所在，或明立界限，使益精确，或加以限制，使免残忍”。

所以，武装冲突法领域中修订或编纂公约，目的是使一些原则和规则更加明确、更加具体。如果有的原则或规则还未制定为条约，或者有的虽然已经制定为条约，但还未被批准或未生效，只要原则和规则已经是公认的国际习惯，就仍然是有效的。

第三节 对作战手段和方法的限制

现代国际法禁止非法使用武力，这是《联合国宪章》中的一个原则，但它并不能防止和杜绝武力在国际社会中的使用。于是，出于人道的考虑，武装冲突法中出现了许多目的在于限制武力使用的规定。

武装冲突各方的目的，都是为了击败对方的武装力量。然而，这并不意味着可以毫无限制地使用任何武力手段和方法。所谓“手段”（means）是指所使用的武器；所谓“方法”（methods）则包括如何使用武器及其他作战方法。在武装冲突法中，这些都是有限制的。



一、使用作战手段和方法的基本原则

关于作战手段和方法的一些基本原则，是在战争与武装冲突中长期发展形成的，具有普遍意义和广泛的法律效力，构成了武装冲突法的基础的原则。这些原则集中体现在1907年《陆战法规和惯例章程》中，主要有：

1. 限制原则。在战争和武装冲突中应对一些作战手段和方法加以限制。原则上，各交战国和冲突各方对作战方法和手段的选择都应受到法律的限制。例如：禁止使用不分青红皂白的作战手段和方法；禁止使用大规模屠杀和毁灭人类的作战手段和方法；禁止使用滥杀滥伤、造成极度痛苦的作战手段和方法。

2. 比例原则。这项原则主张作战方法和手段的使用应与预期的、具体的和直接的军事利益成比例，禁止过分的攻击以及引起过分伤害和不必要痛苦性质的作战方法和手段。

3. 区分原则。这项原则是把平民居民与武装部队中的战斗员与非战斗员、有战斗能力的战斗员与丧失战斗能力的战争受难者、军用物体与民用物体，以及民用目标与军事目标等区分开来，并在战争与武装冲突中分别给予不同的对待。

4. 中立原则。武装部队的伤、病员，战俘和平民，是武装冲突法保护的对象，通常称为“被保护人”。武装冲突法的规则确定了交战各方与被保护人关系上的一定权利和义务，从而使后者的利益具有法律的保障。但是，这些已退出战斗的人员和平民，必须严守中立原则，不得参加军事行动。

5. “军事必要”不能解除交战国义务的原则。这项原则强调，尽管在武装冲突中存在有“军事必要”的原则，但“军事必要”不能被用来解除交战各国或武装冲突各方尊重和适用武装冲突法的原则、规则和制度的义务。

6. 在条约没有规定的情况下，武装冲突各方仍有尊重国际法义务的原则。武装冲突法的原则、规则和制度不仅存在于条约之中，而且还通过习惯的形式发挥作用，并随着军事科学和武器装备技术的发展而迅速发展。因此，在武装冲突法尚无具体规则的情况下，有关各方不能为所欲为。根据“马顿斯条款”，在国际协定未规定的情况下，平民和战斗员仍然受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。

有关作战手段和方法的基本原则，一般适用于所有的武装冲突。然而，由于陆战、海战和空战的性质不同，这些原则的有关具体规定和规则，也有所不同。

二、陆战

武装冲突法中对作战手段和方法的限制很早就适用于陆战。早在1868年，《圣彼得堡宣言》就明确宣布："战争的需要应服从人道的要求。"1899年和1907年《陆战法规和惯例公约》的附件《陆战法规和惯例章程》第22条均明文规定："交战者在损害敌人的手段方面，并不拥有无限制的权利。"该附件第23条还列举了一些特别禁止的手段和方法。1977年《日内瓦四公约第一附加议定书》第35条把限制作战手段和方法列为一项原则。

迄今为止的国际实践中，被限制或禁止的作战手段和方法主要有：

(一) 具有过分伤害力和滥杀滥伤作用的武器

使用具有过分伤害力和滥杀滥伤作用的武器，有时又被称为"野蛮和残忍的方法和手段"。这类武器有毒气、化学和生物武器。这种手段和方法包括不分青红皂白的、背信弃义的以及改变环境的作战手段和方法。

1. 极度残忍的武器

极度残忍的武器一般是指给战斗员造成极度痛苦后使之死亡的武器。作战的目的在于削弱对方军队的战斗力，使之失去反抗力量。而使用极度残忍的武器，显然超过了这一目的的范围。它的使用是违反人道原则的。

关于禁止使用极度残忍的武器，早在1868年《圣彼得堡宣言》中就提出来了。该宣言宣布，缔约国在发生战争时放弃使用任何轻于400克的爆炸性弹丸或是装有易爆易燃物质的弹丸，因为这种弹丸会给战斗员造成极度的痛苦。针对由于科学技术的发展而出现的新武器，联合国于1980年通过了《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》。该公约进一步强调在武装冲突中的人道原则，禁止或限制使用那些能使人致残或陷入长期痛苦的常规武器，如碎片伤人而其碎片在人体内无法用X射线检测的武器、地雷（水雷）和饵雷、燃烧武器以及小口径武器系统等。

2. 有毒、化学和生物武器

1899年《陆战法规和惯例章程》就特别禁止使用毒物和有毒武器。1972年《禁止细菌（生物）及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》除规定禁止使用细菌和毒素武器外，还规定永远禁止在任何情况下发展、生产、储存或以其他方式取得和保有这类武器。

禁止化学武器是世界各国十分关注的问题。联合国经过二十多年的谈判，终

于在1993年9月裁军谈判会上通过了《禁止研制、生产、储存和使用化学武器以及销毁此种武器公约》，该公约于1997年生效。禁止化学武器公约在世界范围内禁止研制、生产、获得、拥有、转让和使用化学武器，规定每个缔约国必须在该公约规定的期限内销毁各自的化学武器及其生产设施。

在被禁止的武器方面，不少人认为，在现代战争中除了应禁止使用极度残忍的武器，有毒、化学和生物武器以外，还应特别禁止核武器。国际法对于"使用核武器是合法还是非法"的问题，迄今为止没有明确的定论。1994年，联合国大会就"威胁或使用核武器的合法性"问题，请求国际法院发表咨询意见。1996年7月，国际法院就该问题提供咨询意见，认为："使用或威胁使用核武器一般来说是与适用于武装冲突的战争法规，尤其是人道的原则和规定相违背的。""但是，考虑到目前国际法的现状，考虑到它所涉及的事实的各种因素，在整个国家存亡攸关的特别情况下采取自卫时，（国际）法院不能得出使用或威胁使用核武器是合法或非法的确切结论。"国际法院的这一判决表明，尽管从纯法律的角度看，核武器的使用与适用国际人道法的基本原则相违背，但由于核武器还涉及国际法上诸如"自卫权"等其他基本原则，所以，国际法院不能在使用核武器的合法性问题上作绝对肯定或否定的结论。

（二）不分青红皂白的战争手段和作战方法

武装冲突法为了平民的安全和使民用物体免遭破坏，规定各交战国和武装冲突各方不得使用不分青红皂白的作战手段和方法。

根据1907年《陆战法规和惯例章程》的规定，禁止以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物，"围攻及炮击时，凡关于宗教、技艺、学术及慈善事业之建筑物、历史纪念馆、医院及病伤者收容所等，在当时不供军事上使用者，务宜尽力保全"。1949年《关于战时保护平民的日内瓦公约》规定不得攻击医院和安全地带，并规定得设立安全地带。1977年《日内瓦四公约第一附加议定书》更明确"禁止不分青红皂白的攻击"，并列举了"不分青红皂白"的攻击的具体内容。

（三）背信弃义的战争手段和作战方法

1907年《陆战法规和惯例章程》规定，禁止以背信弃义的方式杀伤属于敌方的人员。然而，在战争与武装冲突中只禁止使用背信弃义的作战方法，但不禁止使用诈术。诈术是旨在迷惑对方或诱使对方作出轻率行为，同时不违反任何适用于战争与武装冲突的国际法规的行为，如使用伪装、假目标、假行为和假情

报等。

1977年《日内瓦四公约第一附加议定书》明确规定："禁止诉诸背信弃义行为，以杀死、伤害或俘虏敌人。以背弃敌人的信任为目的而诱取敌人的信任，使敌人相信其有权享受有义务给予适用于武装冲突的国际法规则所规定的保护的行为，应构成背信弃义行为。"

（四）改变环境的作战手段和作战方法

禁止使用改变环境的作战手段和作战方法，主要是禁止使用旨在可能改变自然环境，使其发生广泛、长期而严重损害的作战手段和方法，如使用某种方法改变气候，引起地震、海啸、破坏自然界的生态平衡、破坏臭氧层等。1977年《日内瓦四公约第一附加议定书》包括了禁止环境战争的规定，其第35条规定："禁止旨在可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段。"在此以前，联合国大会相继于1971年和1974年通过决议，认为"维持和改进环境是国际社会的责任"，"禁止为了军事或其他敌对目的影响环境和气候的行动"；并于1976年12月通过了《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》。[①] 该公约规定不得使用具有广泛、长期或严重影响的改变环境的技术，对任何缔约国造成毁灭、破坏或损害。

三、海战和空战的特殊规则

陆战法规和惯例如果能适用于海战和空战的，都应该适用。但是，海战的主要目的是击败敌方的海军，消灭敌国商船，破坏敌国的海岸军事设施等；空战的主要问题是轰炸。所以，在被禁止或被限制的作战手段和方法上，海战和空战各有自己的特点，存在着一些特殊规则。

（一）海战

关于海战的特殊规则主要有如下四个方面：

1. 关于战斗员、军舰和商船。交战国的海军部队包括战斗员和非战斗员，这类人员不论编入各类舰艇部队，还是编入海岸要塞部队，同样受战争法规和惯例的保护并承担相应义务。海战中军舰是作战的主要工具，也是被攻击的目标。在海战中，海军部队只能使用属于自己编制的船舰攻击敌舰，禁止使用私掠船。

① 我国于2005年4月27日批准加入该公约。

商船改装成军舰，具有与军舰相同的地位，但必须符合1907年《关于商船改装为军舰公约》规定的条件。为了防御的目的使用武装商船是允许的，但武装商船如果主动攻击敌国军舰或商船，则失去国际法上的保护。

2. 海军轰击。1907年《关于战时海军轰击公约》规定了如下特殊限制：(1) 禁止轰击不设防的城市、海港、村庄、房舍及建筑，并特别说明，不得以港口设置自动海底触发水雷为设防。(2) 可以轰击处在不设防地点的军事设施，但在轰击前应通知有关地方当局限期拆除，如不执行，才可以轰击，但在轰击时应设法使城市所受损失减小至最低限度。(3) 地方当局如果拒绝征集海军提出的、当时必需的粮食或生活用品，可以进行轰击，但征收不得超过当地资力，也不得因征收现银或课税不遂而进行轰击。(4) 轰击时必须尽力保全一切"宗教、美术、技艺、慈善事业所有之建筑，历史上古迹及病院和伤病员收容所"。条件是，在这些地方当时不是用于军事目的。在这些受保护的建筑上，应以容易看到的标志标明。

3. 潜艇攻击。潜艇攻击始于第一次世界大战，但对于潜艇攻击的规则，到1922年《关于在战争中使用潜水艇和有毒气体的条约》才有所规定。按照该条约，潜艇不得对遇到的商船立即攻击，在拿捕商船前应先命令它接受临检，以便确定它的性质。对于拒绝临检，或拿捕后不遵守指定的航线行驶者可以加以攻击；在确有破坏商船必要的情况下，必须先将商船上人员置于安全地方。由于1922年条约未生效，1930年又签订了关于海军作战的《伦敦条约》，其中除重申1922年条约的规定外，还强调除对于拒绝停驶或反抗临检的商船外，潜艇不得予以击沉或破坏；并且不得在将船上人员和船舶文件安置于安全地方前将该船击沉或使其不能航行。1936年《关于潜艇作战规则的伦敦议定书》和1937年《关于把潜艇作战规则推行于水面船只和飞机的尼翁协定》再次确认了上述规定。

4. 水雷和鱼雷。水雷和鱼雷的发明、使用，严重威胁着国际航运和中立国的合法权利。1907年《海牙第八公约》对水雷和鱼雷的使用作出了规定，主要是：(1) 禁止使用没有系缆的自动触发水雷，但失去控制1小时后失效者除外；(2) 禁止使用虽有系缆，但离开系缆后仍能为害的水雷；(3) 禁止使用射击不中以后仍有危险性的水雷；(4) 禁止以断绝贸易通航为目的在敌国沿岸或港口敷设自动触发水雷；(5) 使用系缆自动水雷时，应尽力避免威胁海上和平航行的安全；(6) 中立国在其海岸使用自动触发水雷时，也应遵守上述规定。

(二) 空战

从战争实践来看，空战的主要问题是如何限制和减少空中轰炸的残忍伤害，

以及如何尽量避免对非军事目标进行轰炸的问题。1923 年曾制定了一部《空战规则》，但因为没有得到足够的国家批准，因此没有生效。但尽管国际法上还没有空战规则的专门条约，仍有不少国际法律文件规定了某些可以适用于空战的规则和原则。1899 年和 1907 年《海牙宣言》提出禁止用气球或类似方法投掷投射物。1923 年海牙法学家委员会草拟的《空战法规草案》提出只有军事航空器才能交战。1907 年《海牙第十公约》规定，轰炸只能针对军事部队、军事工程、军事建筑物或仓库、军工厂和用于军事目的的运输线；要尽量避免轰炸宗教、艺术、科学和慈善事业的建筑物、历史纪念碑、医院船、医院，以及收容伤病员的其他场所。1977 年《日内瓦四公约第一附加议定书》第 49 条第 3 款规定："本段规定（即关于进攻的定义和适用范围），适用于可能影响平民居民、平民个人或民用物体的任何陆战、空战和海战。"第 51～56 条和第 59 条关于对平民、民用物体、文物和礼拜场所、自然环境、不设防地方的保护，以及对含有危险力量的工程和装置的保护的规定均适用于空战。关于陆地的其他作战方法和手段的限制也适用于空战。

第四节　对战争受难者的保护

一、保护战争受难者的范围和内容

（一）伤病员待遇

1864 年、1906 年、1929 年和 1949 年先后订立了关于改善战地武装部队伤者、病者境遇公约，这方面的规定主要有：

1. 冲突一方对于在其权力下的另一方伤病员，在一切情况下应无区别地予以人道的待遇和照顾，不得基于性别、种族、国籍、宗教、政治意见或其他类似标准而有所歧视。

2. 冲突各方的伤者、病者如落于敌手，应为战俘，国际法上有关战俘之规定应适用于他们。

3. 每次战斗后，冲突各方应立即采取一切可能的措施搜寻伤者、病者，予以适当的照顾和保护；环境许可时，应商定停战或停火办法，以便搬移、交换或运送战场上遗落之受伤者。

4. 冲突各方应尽速登记落于其手中的敌方伤者、病者，或死者之任何可以证明其身份之事项，并应尽速转送战俘情报局，该局转达上述人员之所属国。

5. 冲突各方应保证在情况许可下将死者分别埋葬和焚化之前，详细检查尸体，如可能时，应经医生检查，以确定死亡，证明身份并便于作成报告。

6. 军事当局，即使在入侵或占领地区，也应准许居民或救济团体自动收集和照顾任何国籍之伤者、病者。任何人不得因看护伤者、病者而被侵扰或定罪。

(二) 战俘待遇

战俘是战争或武装冲突中落于敌方权力之下的合法交战者，以及1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》规定的其他人员。在国际人道法中对战俘待遇作出规定的公约有：1929年和1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》以及1977年《日内瓦四公约第一附加议定书》。按照这些公约的规定，战俘自其被俘至其丧失战俘身份前，应享受以下各方面的待遇：

1. 交战方应将战俘拘留所设在比较安全的地带。无论何时都不得把战俘送往或拘留在战斗地带或炮火所及的地方，也不得为使某地点或某地区免受军事攻击而在这些地区安置战俘。

2. 不得将战俘扣为人质，禁止对战俘施以暴行或恫吓及公众好奇的烦扰；不得对战俘实行报复，进行人身残害或肢体残伤，或供任何医学或科学实验；不得侮辱战俘的人格和尊严。

3. 战俘应保有其被俘时所享有的民事权利。战俘的个人财物除武器、马匹、军事装备和军事文件以外的自用物品一律归其个人所有；战俘的金钱和贵重物品可由拘留国保存，但不得没收。

4. 对战俘的衣、食、住要能维持其健康水平，不得以生活上的苛求作为处罚措施；保障战俘的医疗和医药卫生。

5. 尊重战俘的风俗习惯和宗教信仰，允许他们从事宗教、文化和体育活动。

6. 准许战俘与其家庭通讯和收寄邮件。

7. 战俘享有司法保障，受审时享有辩护权，还享有上诉权。拘留国对战俘的刑罚不得超过对其本国武装部队人员同样行为所规定的刑罚。禁止因个人行为而对战俘实行集体处罚、体刑和酷刑。对战俘判处死刑应特别慎重。

8. 讯问战俘应使用其了解的语言。

9. 不得歧视。战俘除因其军职等级、性别、健康、年龄及职业资格外，一律享有平等待遇。不得因种族、民族、宗教、国籍或政治观点不同加以歧视。

10. 战事停止后，战俘应即予以释放并遣返，不得迟延。

(三) 战时对平民的保护

国际人道法的基本原则之一是对交战者和平民加以区别，区别的目的是在战争与武装冲突期间更有效地实行对平民的保护。1949 年《关于战时保护平民的日内瓦公约》和 1977 年《日内瓦四公约第一附加议定书》作了详细规定。

落入敌国管辖或支配下的平民的保护有两种情形：一种是战争或武装冲突发生时对交战国或武装冲突国境内的敌国平民的保护，另一种是对占领区的平民的保护。

在战争或武装冲突发生时，对于在交战国或武装冲突国境内的敌国平民，一般应允许离境，而对继续居留者应给予以下人道的待遇：(1) 平民居民本身及平民个人不得成为攻击的对象，禁止在平民中散布以恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁。(2) 作为报复对平民居民的攻击是禁止的。(3) 保障平民的合法权益，不得把他们安置在某一地点或地区以使该地点或地区遭受军事攻击。(4) 不得在身体上和精神上对平民施加压力，强迫提供情报。(5) 禁止对平民施以体刑和酷刑，特别禁止非为医疗的医学和科学实验。(6) 禁止实行集体刑罚和扣为人质。(7) 应给予平民以维持生活的机会，但不得强迫他们从事与军事行动直接相关的工作。(8) 只有在安全的绝对必要的情况下，才可把有关敌国平民拘禁或安置于定居所。(9) 对妇女和儿童予以特殊保护。

二、武装冲突法中的新问题

在 2001 年“9.11”事件后美国进行的阿富汗战争和伊拉克战争中，美国认为恐怖主义分子与一般军人不同，他们接受的训练就是搞恐怖袭击。战争虽然结束，但只要一释放，他们还会继续搞恐怖袭击。所以，美国在阿富汗战争结束后就以这样的理由还将他们关在关塔那摩军事基地。此外，美国还认为，为查清本·拉登的藏匿地点，美国军队可以对被抓获的恐怖主义分子进行审问。

在国际法原则方面，美国提出了新的立场。在“9.11”事件发生并对阿富汗“基地”组织进行打击以后，美国司法部曾就“基地”组织被俘人员的地位和身份问题向美国总统提交了一份报告。美国总统在此报告的基础上于 2002 年 2 月发表了一个声明，其基本要点有两个：

首先，美国认为，日内瓦公约不适用于恐怖主义分子。因为日内瓦公约是国家相互之间订立的，它规定只适用于该公约“缔约方”的战争。由于缔约方只能是国家，代表国家参战的又必须是常规武装力量，而反恐国家现在与之作战的是

屠杀无辜平民的恐怖主义分子，他们并不属于日内瓦公约的缔约方。所以，日内瓦公约所有条款，其中也包括战俘待遇问题的条款，都不适用于恐怖主义的“基地”组织。

其次，战俘必须是被俘的“作战人员”。关于“作战人员”，日内瓦公约规定，必须要“公开地携带武器”，要有“明显的标志”，另外还要“遵守战争法规则”等，但恐怖主义分子都没有这样做，因而不符合日内瓦公约第4条规定的战俘条件。因此，美国在战争法上发明了一个新词，将这些被俘人员称为“非法战斗人员”，不适用日内瓦公约的规定。

美国的理由看似有一定道理，但阿富汗战争早已结束，这些人的身份总得有一个结论。其实，战争法现有规定很清楚，如果对战俘的身份存在疑问，就要通过一个根据法律成立的法庭来确定。所以，美国最高法院在2005年也作了一个判决，认为根据国际人权法的基本规定，美国政府不能无止境地把这些人关下去。

第五节 中 立

一、中立的概念

中立是传统战争法中的一个概念，是指在交战国进行的战争中采取一种不偏不倚的态度。它具有以下特征：

1. 中立法是规定交战国之间权利义务关系的原则、规则和制度，目的在于使交战国与中立国之间利益保持平衡。

2. 一个国家在战争中是否宣布中立，不是法律问题，而是政治问题，但在宣布中立后则引起交战国和中立国的权利和义务关系，受战争法关于中立的原则、规则和制度的支配。

3. 一个国家选择中立地位的方式，可以通过发表中立宣言或声明，也可以不发表宣言或声明而采取事实上遵守中立义务的方式。如果一个国家事先承担了中立的义务，它的中立地位就在事先已经确定。国家可以事先缔结条约，规定中立地位。由条约产生的中立有两种：一种是国家之间平时缔结的条约规定在缔约一方与第三国发生战争时，应守中立；另一种是国际条约宣布一个国家为永久中

立国。

4. 战时中立不同于中立化。国家在战争时的中立一般是战争开始后选择的，是国家自由决定的，而不是其国际法的义务，因而可以随时宣布结束其中立地位。永久中立国不仅在战时保持中立，在平时也要遵守中立，它的中立地位是由国际条约确定的，其永久中立国的地位不得任意放弃。

5. 战时中立不同于政治意义上的中立、中立主义和不结盟。政治意义上的中立指不参加联盟（无论进攻性的还是防御性的），拒绝在其本国领土上设置外国军事基地或驻扎外国军队，不歧视任何特定国家等。中立主义特别是用以指不参加和不卷入大国或集团之间的纠纷和冲突。这样的中立是政治上的概念，不产生法律效果。

6. 战争法上的中立是国家的地位，而不是个人或团体的地位，有关中立的规则是指专门处理交战国之间法律关系的规则，它不直接以中立国的国民或公司为对象。

二、中立国的权利和义务

（一）中立国的义务

中立国对交战国承担的义务是自我约束、防止和容忍的义务。

1. 自我约束的义务。中立国对交战国不应给予援助。它不仅不能直接参加战斗，也不能对交战国提供军队，供给武器、弹药及其他军用器材，给予情报的方便等。

2. 防止的义务。中立国应采取措施，防止交战国为了进行战争而利用其领土或其管辖范围内的区域。例如，对于交战国在中立国的领土、领水或领空内进行战斗，或捕获船只，建立作战基地或通讯设备，运输军队和军需品等，中立国都要以一切可能的手段加以防止和阻止。

3. 容忍的义务。中立国对于交战国依据武装冲突法所采取的行动使本国国民蒙受不利时，应在一定范围内予以容忍。例如，交战国对其船舶的临检和搜索，对悬挂其船旗而载有战时禁制品或破坏封锁或违反中立义务的船舶的拿捕、审判、处罚及非常征用，中立国应予以容忍。

（二）交战国的义务

交战国的义务其实就是中立国的权利。交战国对中立国承担的义务主要也是自我约束、防止和容忍的义务。

1. 自我约束的义务。交战国不得在中立国领土或其管辖区域内从事战争行为，或将中立国领土或其管辖区域作为作战基地；交战国不得在中立国领土或领水区域内将商船改装为军舰或武装商船，建立通讯设施或捕获船只等。

2. 防止的义务。交战国有义务采取一切措施，防止侵犯或虐待其占领区内或境内的中立国使节或人民；防止其军队和人民从事任何侵犯中立国及其人民的合法权益的行为等。

3. 容忍的义务。交战国应容忍中立国与敌国保持正常的外交和商务关系，以及其他不违背中立法的一般规则的行为等。

三、中立制度的变化

在现代国际关系的实践中，传统的中立制度受到冲击，发生了很大的变化。其原因一是废除战争后不宣而战的武装冲突日益增多，既然不存在战争状态，自然也就没有中立地位；二是当普遍性的国际组织——联合国采取集体安全行动时，没有中立可言。

（一）非战争的武装冲突与中立

武装冲突既然不是传统意义上的战争，处于武装冲突以外的国家就无法确立自己按照传统战争法的中立地位，也因此不承担和享受根据传统战争法关于中立的义务和权利。

国际法上中立的主体是国家，不包括武装团体和组织。传统战争法中有关中立的原则、规则和制度只涉及交战国和中立国之间的法律关系，而不涉及武装团体和组织。武装冲突有国际性武装冲突和非国际性武装冲突之分，而第三国对于非国际性的武装冲突中的武装团体和组织，在原则上是不处于传统战争法中的中立地位的。因此，非战争的武装冲突以外的国家没有战争中的中立国那样严格的义务，也没有那样明确的权利。但是它们究竟有哪些义务和权利，国际法上还没有形成具体的规则。

（二）联合国集体安全体制与中立

中立同联合国集体安全体制在以下三个方面不相容：

1. 在传统国际法上，各国有权自由决定是否参加其他国家进行的战争，参加战争或保持中立完全是当事国的自由。但是，根据《联合国宪章》第 2 条的规定，“各会员国对于联合国依本宪章规定而采取之行动，应尽力予以协助，联合

国对于任何国家正在采取防止或执行行动时，各会员国对该国不得给予协助”。所以，联合国安理会作出的有关决定对各会员国都有法律拘束力，会员国有义务不得保持中立。

2. 采取中立的国家在军事上承担不参加战争的义务。然而，避免参加战争的义务不论是以与他国缔结协定的形式，还是以本国声明的形式，都不能规避执行联合国安理会强制措施的义务。《联合国宪章》第103条明确规定：“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”因此，会员国在安理会决定采取强制行动时，不能依其他的协定来规避自己的责任。

3. 在安理会作出有关强制措施决定时也不能采取中立的立场和态度。《联合国宪章》第2条第6款规定：“本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则。”由于安理会采取的军事或非军事性的强制措施，基本上都是属于“在维持国际和平及安全之必要范围内”，所以，当安理会作出采取强制措施的决定时，不仅联合国会员国，就是非会员国，也不能采取中立的态度。

第六节　战争罪和严重违反国际人道法等罪行及其责任

一、基本概念

战争罪是传统国际法上的概念。战争罪和严重违反国际人道法等罪行是指违反战争法规和惯例，违反人道准则的各种犯罪行为。迄今为止，对破坏和平罪、战争罪、违反人道罪和犯有严重违反国际人道法行为的人加以制裁和惩罚的实例，主要是第二次世界大战后成立的欧洲国际军事法庭和远东国际军事法庭，1993年和1994年根据联合国安理会第827、995号决议设立的“前南国际刑事法庭”和“卢旺达国际刑事法庭”，以及国际刑事法院进行的审判。

按照《欧洲国际军事法庭宪章》第6条和《远东国际军事法庭宪章》第5条的规定，战争罪即违反战争法规或惯例的罪行，包括虐待或放逐占领地平民、谋杀或虐待战俘或海上人员、杀害人质、掠夺公私财产、毁灭城镇或乡村的罪行；违反人道罪即在战前或战时，对平民施行谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他任何非

人道行为。凡参与规划或进行上述罪行的共同计划或阴谋的领导者、组织者、教唆者与同谋者，应负个人刑事责任。

前南国际刑事法庭根据其规约，有权起诉犯下或命令他人犯下严重违反1949年日内瓦四公约的情事、违反战争法和惯例、灭绝种族或危害人类罪的人。

严重违反1949年日内瓦公约的情事是指：（1）故意杀害；（2）酷刑或不人道待遇，包括生物学实验；（3）故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害；（4）无军事上之必要而以非法和蛮横的方式对财产进行大规模的破坏与占用；（5）强迫战俘或平民在敌对国军队中服务；（6）故意剥夺战俘或平民应享有的公允及合法审讯的权利；（7）将平民非法驱逐出境或移送非法禁闭；（8）劫持平民做人质。

违反战争法和惯例则主要包括下列事项：（1）使用有毒武器或其他武器，以造成不必要的痛苦；（2）无军事上的必要，蛮横地摧毁或破坏城市、城镇和村庄；（3）以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物；（4）夺取、摧毁或故意损坏专用于宗教、慈善事业和教育、艺术和科学的机构、历史文物和艺术及科学作品；（5）劫掠公私财产。

灭绝种族是指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体。危害人类罪是指在国际或国内武装冲突中犯有针对平民的谋杀、灭绝、奴役、驱逐出境、监禁、酷刑、强奸的罪行，以及基于政治、种族、宗教原因而对平民进行迫害或其他不人道的行为。

卢旺达国际刑事法庭的性质与前南国际刑事法庭相同，都是对被怀疑犯有战争罪的人进行起诉，并追究其个人刑事责任的国际刑事法庭。但在卢旺达国际刑事法庭被起诉的人，主要是在卢旺达国内武装冲突中犯有战争罪行为的人，因而卢旺达国际刑事法庭主要适用1949年日内瓦公约共同第3条和1977年《关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》。

二、纽伦堡与东京审判及其意义

在国际法追究个人的刑事责任方面，第二次世界大战后成立的纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭起了很大的推动作用。从国际法意义上讲，纽伦堡审判和东京审判开创了追究战争罪犯个人刑事责任的先例。在此以前，国家的破坏和平等罪行也引起国家责任，责任的形式主要是限制主权和赔偿。限制国家主权是指对战败国家实行占领或管制等；赔偿是指战败国给予战胜国的物质赔偿。事实上，违反国际法的罪行往往是个人作出的。因此，对于发动侵略战争，除了国

家应负责任之外，还必须追究个人责任。

1946年12月联合国大会通过第95（I）号决议，确认了《欧洲国际军事法庭宪章》所包括的国际法原则。联合国国际法委员会根据大会的决议，于1950年编纂了《国际军事法庭宪章》和判决中所包含的原则。这些原则是：

(1) 从事构成违反国际法的犯罪行为的人承担个人责任，并因此应受到惩罚；

(2) 不违反所在国的国内法不能作为免除国际法责任的理由；

(3) 被告的地位不能作为免除国际法责任的理由；

(4) 政府或上级命令不能作为免除国际法责任的理由；

(5) 被控有违反国际法罪行的人有权得到公平审判；

(6) 违反国际法的罪行是：破坏和平罪、战争罪、反人道罪；

(7) 共谋上述罪行是违反国际法的罪行。

1967年和1968年联合国大会分别通过了《领土庇护宣言》和《战争罪行和危害人类罪不适用法定时效的原则的公约》，补充了"战争罪犯无权要求庇护"和"战争罪犯不适用法定时效"两项原则。1973年联合国大会通过的《关于侦查、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪的国际宣言》宣布，各国应在引渡战争罪犯和危害人类罪犯的问题上进行合作。

1949年日内瓦公约第1条规定，国家应尊重公约，并保证公约被尊重，因此，所有批准、加入该公约的国家，不仅自己不能违反公约的规定，而且还有义务制止其他国家违反该公约的行为。如果一个人涉嫌严重违反该公约，无论其犯罪行为发生在什么地方，也无论行为人的国籍是哪个国家，但只要是1949年日内瓦公约和该公约第一附加议定书这两个国际公约的缔约国，或只是其中一个公约的缔约国，就有义务起诉或引渡这个人。从这个意义上讲，每个国家在国际法上都有惩罚战争罪行的责任和义务。

三、前南国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭

前南国际刑事法庭是联合国安理会根据《联合国宪章》第七章和第29条设立的一个司法性质的附属机关，其职权范围主要涉及属事管辖权、属人管辖权、属地管辖权、属时管辖权，以及该法庭与国内法院的并行管辖权问题。

1. 属事管辖权。按照"法无明文者无罪"的原则，前南国际刑事法庭适用作为国际习惯法一部分的国际人道法规则，以避免发生只有一些国家而不是所有国家都是公约缔约国的问题。而国际人道法中毫无争议地成为国际习惯法一部分

的是下列国际公约：1949年日内瓦四公约，1907年《陆战法规和惯例公约》和附件《陆战法规和惯例章程》，1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》和1945年《国际军事法庭宪章》。《前南国际刑事法庭规约》第2条至第5条所定的罪行，即“严重违反1949年各项《日内瓦公约》的情事”、“违反战争法和惯例的行为”、“灭绝种族”和“危害人类罪”，就是根据上述公约规定的。

2. 属人管辖权。《前南国际刑事法庭规约》规定，法庭“对自然人有管辖权”。凡计划、教唆、命令、犯下或协助煽动他人计划、准备或进行该规约所指罪行的人，应当为该项罪行负个人责任。

3. 属地和属时管辖权。该法庭的正式名称表明法庭的属地和属时管辖权是包括“1991年以来前南斯拉夫境内”所犯下的严重违反国际人道法的行为。

4. 并行管辖权。联合国安理会设立前南国际刑事法庭不排除或阻碍国内法庭对严重违反国际人道法行为的人行使管辖权，这就产生了国际法庭与国内法庭并行管辖权的问题。对这个问题，《前南国际刑事法庭规约》第9条规定：“国际法庭应优于国内法院。在诉讼程序的任何阶段，国际法庭可根据本《规约》及《国际法庭诉讼程序和证据规则》正式要求国内法院服从国际法庭的管辖。”

前南国际刑事法庭的组成包括三个部分：（1）分庭，其中包括两个初审分庭和一个上诉分庭。（2）检察官。（3）书记官处。法官任期4年。法庭共有11名法官。后因案子积压太多，联合国安理会于1998年通过决议，又增加了3名法官（一个初审庭）。检察官即是检察机关，其职能是调查案件、准备起诉书并对应对所犯罪行负责的人进行起诉。书记官处为分庭和检察官提供服务。

前南国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭的设立，清楚地表达了国际社会起诉和惩治在武装冲突中对严重违反国际人道法行为负责的人的愿望和决心。联合国两个国际刑事法庭的实践以及常设国际刑事法院规约的通过，对国际刑法的发展，以及对在国际法下追究个人所犯战争罪行的刑事责任，具有重大的影响和作用。

四、国际刑事法院

国际刑事法院是依1998年罗马外交会议通过的《国际刑事法院规约》（以下简称《规约》）[①] 于2002年7月1日成立的，用以审判特定国际罪行并对罪犯处以法定刑罚的一个常设国际刑事审判机构，院址在荷兰海牙。

---

① 截止到2007年10月，批准该规约的国家已达到105个。

（一）国际刑事法院的组成

国际刑事法院由院长会议、法庭（预审庭、审判庭和上诉庭）、检察官办公室和书记官处等四个机关组成。院长会议由院长和第一、第二副院长组成，管理法院的日常事务和履行《规约》赋予的其他职能。预审庭由至少6名法官组成，其主要职责是：应检察官的请求，采取一切必要措施以保证诉讼程序的效率和完整性，特别是确认检察官准备起诉的指控和保障被告人的合法权利。审判庭由至少6名以上的法官组成，负责一审程序中的一切日常审判事务，其主要职责是依法保证审判的公正和迅速进行，保证和尊重被告人的合法权利，必要时还可履行预审庭的职责。上诉庭由法院院长和其他5名法官组成，由院长担任庭长。上诉庭负责处理对审判庭的上诉。检察官办公室是法院的一个独立机关，由检察官、副检察官和其他工作人员组成，主要职责是负责接受和审查国际刑事法院管辖权范围内的国际罪行的事实资料，并提出起诉。书记官处由书记官、副书记官和其他工作人员组成，负责法院的一般行政管理和在行政、后勤方面为法院的日常工作需要提供服务。

国际刑事法院共有18名法官，但在必要时可以由院长会议代表法院提议增加法官人数。法官自任期开始时任职，任期9年，一般不得连选连任。法官以个人身份独立地履行法官职务，不听命于任何国家、政府、团体或个人，不得从事任何可能妨碍其司法职务或使其独立性受到怀疑的活动。法官应具有必要的资格或经验，包括刑事审判方面的经历、国际刑法的知识以及国际法方面的专业知识和能力。《规约》缔约国可以提名法官候选人，由缔约国大会以无记名投票选举产生，得到出席并参加表决的缔约国2/3多数票的候选人当选。

（二）国际刑事法院的管辖权

国际刑事法院是对国家刑事管辖权的一种补充，只有在国家国内审判机构和程序不存在、不能有效地履行职责、国家不愿意或其他特殊情况下，国际刑事法院才可以行使管辖权。国际刑事法院的对人管辖权范围只限于自然人，不能对法人和国家行使管辖权；对事管辖权范围限于最严重的国际罪行，即：灭绝种族罪、侵略罪、战争罪和危害人类罪。

国际刑事法院管辖权的补充性的规定是《规约》的一项基本原则，它在整个《规约》不同的规定中都反复得到强调。例如，“对于整个国际社会关注的最严重犯罪，决不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须同国家一级采取措施并加强国际合作”，“各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”，以及“根

大家网司法考试论坛倾情奉献：

2011 司法考试全程必备复习资料下载汇总

2011 年司法考试复习资料课程汇总_一帖打遍 2011 司考-同步更新(2010.10.22 更新)

中外法学名家著作、法学教材、法学辞书、法律古籍下载汇总(2010.10.28 更新)

【史无前例超清晰无水印版】2010 年国家司法考试辅导用书三大本

2002-2010 年国家司法考试真题及参考答案 word 版

2010 年国家司法考试辅导用书(全三卷)下载(含语音朗读版)

2011 年版司法考试历年试题及考点归类精解全 8 册下载

2011 年司考要点 200 口诀好记通

[法学理论]哈耶克：法律、立法与自由

[法学理论]哈耶克：个人主义与经济秩序

[法学理论]卢梭：论人类不平等的起源和基础

[法学理论]卢梭：社会契约论

[法学理论]孟德斯鸠：论法的精神

[法学理论]托克维尔：论美国的民主

[法学最权威词典]布莱克法律词典第 9 版 Black's Law Dictionary 9th Edition 下载

[申请加精]2010 收集最全的出题人论文集（共 206 篇）

《法理学》（第三版）张文显 下载 07 年 1 月出版 大师最新力作

《法学导论》卓泽渊著 下载

《法学概论》(第十版) 李双元著 下载

《犯罪学》(第三版)许章润著 下载

《规范刑法学》（第二版）陈兴良著 下载 泰斗最新巨著

《国际法》梁西著 下载

《国际法》王铁崖 国际法泰斗之集大成

《合同法》(第四版) 崔建远 下载 07 年 7 月出版 清华法学推荐教材

《教义刑法学》陈兴良著 下载

《经济法学》李昌麟著 下载

《口授刑法学》陈兴良著 下载

《民法学》(第二版)王利明 杨立新著 2008 年 2 月出版 下载

《民法原论》（第四版）真正完全版 马俊驹 余延满 下载 2010 年底最权威著作

《商法学》（第三版） 施天涛 下载 最新最权威 清华法学院推荐教材

《物权法要义》 温世扬 07 年 4 月出版 司考出题人最新力作 字字珠玑

《宪法》(第三版) 许崇德 下载 国家教材一等奖 07 年 4 月出版

《刑法总论精释》陈兴良著 1000 页完全版 下载

《行政法与行政诉讼法》马怀德 下载 07 年 3 月出版 大师最新力作

《中国法制史》(新编本) 叶孝信 最权威教材 下载

21 世纪法学教材——法理学（第三版）

21 世纪法学教材——合同法（第三版）

21 世纪法学教材——环境与资源保护法（第二版）

21 世纪法学教材——经济法（第二版）

21 世纪法学教材——劳动法和社会保障法

21 世纪法学教材——民法（第五版）

21 世纪法学教材——民事诉讼法（第四版）

21 世纪法学教材——侵权责任法（第二版）

21 世纪法学教材——商法总论（第四版）

21 世纪法学教材——物权法（第三版）

21 世纪法学教材——宪法（第四版）

21 世纪法学教材——刑法（第四版）

21 世纪法学教材——刑事诉讼法（第三版）

21 世纪法学教材——行政法与诉讼法（第四版）

21 世纪法学教材——知识产权法（第四版）

21 世纪法学教材——中国法制史（第三版）

阿蒂亚：法律与现代社会

百余本法学书籍下载

贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》

超爽--刚踏入和即将踏入律师行业的必看--从门外汉到成功律师（纠错版）

丹宁勋爵：法律的正当程序

法理学导论 舒国滢 下载 法学基础入门最好教材

法律四史必读 下载

法学名著免费下载——外国民商法精要

法学通论（第四版）吴汉东

犯罪构成体系与构成要件要素（张明楷）

冯•耶林：为权利而斗争

复旦博学系列——侵权责任法（杨立新）

复旦博学系列——中国法制史（第二版）叶孝信

国际经济法(第二版) 陈安著 07 年 1 月出版 大师最新力作

国际贸易法（第四版）王传丽

国际私法（第二版）黄进

国际私法（第二版）赵相林

合同法（第五版）崔建远

经济法学（第二版）李昌麒

经济法学（王卫国） 出题人最新巨著

经济法原理 王保树 清华法学最权威教材

梁治平：法律的文化解释（修订本）

罗斯科•庞德：普通法的精神

面向 21 世纪课程教材——国际法（第三版）

面向 21 世纪课程教材——国际经济法（第三版）

面向 21 世纪课程教材——国际私法（第二版）

面向 21 世纪课程教材——经济法（第四版）

面向 21 世纪课程教材——民法（第四版）

面向 21 世纪课程教材——刑法学（第四版）

面向 21 世纪课程教材——刑事诉讼法（第三版）

面向 21 世纪课程教材——行政法与行政诉讼法（第三版）

面向 21 世纪课程教材——中国法制史（第二版）

民法原论（第三版）真正完全版(1200 页)马俊驹 余延满 下载 07 年 8 月出版

民法总论（第三版）梁慧星 下载 07 年 7 月出版 大师最新力作

民事诉讼法（第二版）张卫平

民事诉讼法学 谭兵 李浩

名家法学文集：贺卫方

名家法学文集：梁慧星

牛津法律大辞典 下载

据本规约设立的国际刑事法院对国家刑事管辖权起补充作用"，等等。

《规约》第17条在肯定《规约》第1条和序言中"补充原则"的基础上，更明确、清楚地规定：如果具有管辖权的国家正在对案件进行调查或起诉，或者如果具有管辖权的国家已经对案件进行了调查，并决定不对该嫌疑人进行起诉，或者如果该嫌疑人已经因为其行为受到了审判，那么，在出现任何上述情况的条件下，国际刑事法院都不能对该罪行或该嫌疑人行使管辖权，除非有关国家对罪行"不愿意或不能够"切实地进行调查或起诉。

以上条款清楚地表明：国际刑事法院对国际罪行的管辖，是有特定条件的，即：它只有当一国的国内法院不愿意或不能够时，国际刑事法院才可以行使管辖权。因此，关于国际刑事法院"补充性原则"的规定，就是通过该法院对国家管辖"补充"性的这一司法机制，来防止犯有《规约》规定的严重罪行的人逃脱法网，以达到任何犯有战争罪行的人都必须因此而在国际法上负有个人刑事责任的目的。

由于国家之上不存在超国家的立法机关，所以，国际法的执行和对国际法上责任的追究，历来是国际法上的一个难题。国际法在传统意义上因此也被称为"软法"。但国际刑事法院的设立，使得国际法在惩治国际罪行方面有了强制执行力。

【课堂讨论案例】

A、B两国以C国支持恐怖主义和解放C国人民为由，发动对C国的全面战争，大规模轰炸C国军事设施、发电站、自来水厂、学校和民用建筑等。A、B两国迅速控制C国全境，逮捕C国总统甲和其他高级官员。得到联合国和其他主要国家承认的C国临时政府与联合国签订了设立一个特别国际法庭的协定，以起诉在C国内战期间犯有危害人类罪的人。当甲遭到指控时，他声称法庭无管辖权，因为法庭是非法建立的。国际武装冲突是危害人类罪的一个标准，C国内战不具有这种性质 。而且，他那时作为国家元首，对所作行为享有豁免权。

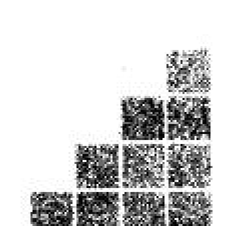
请结合本章内容，思考下列问题：

（1）A、B两国发动对C国战争的理由是否正当？为什么？

（2）A、B两国的作战手段和方法是否符合战争法？为什么？

（3）甲的主张是否成立？为什么？







重要参考文献

(一) 经典著作

1. 王铁崖．国际法引论．北京：北京大学出版社，1998

2. 王铁崖主编．国际法．北京：法律出版社，1995

3. 周鲠生．国际法．上册．北京：商务印书馆，1981

4. 李浩培．条约法概论．北京：法律出版社，2004

5. 贺其治．国家责任法及案例浅析．北京：法律出版社，2003

6. ［英］詹宁斯，瓦茨修订．奥本海国际法．第1卷第1，2分册．北京：中国大百科全书出版社，1995，1998

7. Ian Brownlie. Principles of Public International Law. 4th ed. Oxford：Clarendon Press，1990

(二) 论文

8. 王铁崖．条约在中国法律制度中的地位．中国国际法年刊，1994

9. 王铁崖．中国与国际法——历史与当代．中国国际法年刊，1991

10. 邵沙平．论国际法治与中国法治的良性互动——从国际刑法变革的角度透视．法学家，2004 (6)

11. 李兆杰，饶戈平．一个中国的原则与国际法．人民日报，2000-06-05

12. 曾令良．冷战后时代的国家主权．中国法学，1998 (1)

13. 白桂梅．自决与分离．中国国际法年刊，1996

14. 余民才．“武力攻击”的法律定性．法学评论，2004 (1)

15. 黄瑶．国际反恐与先发制人军事行动．法学研究，2006（1）

16. 朱晓青．《公民权利和政治权利国际公约》的实施机制．法学研究，2000（2）

17. 赵理海．适用于东海大陆架划界的法律原则．见：赵理海．海洋法问题研究．北京：北京大学出版社，1996

18. 贺其治．论空间物体造成损害的赔偿制度．中国国际法年刊，1992

19. 李浩培．论条约的抵触．中国国际法年刊，1984

20. 薛捍勤．联合国的作用及其对国际法发展的影响．中国国际法年刊，1995

21. 余民才．国家责任法的性质．法学家，2005（4）

22. 高健军．从“洛克比”看国际法院与安理会的关系．中外法学，1998（1）

23. 杨力军．评国际刑事法院的管辖权．法学评论，2001（4）

（三）法律法规

24. 反分裂国家法

25. 中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法

26. 中华人民共和国国籍法

27. 中华人民共和国引渡法

28. 中华人民共和国领海及毗连区法

29. 中华人民共和国专属经济区和大陆架法

30. 中华人民共和国民用航空法

31. 中华人民共和国外交特权与豁免条例

32. 中华人民共和国领事特权与豁免条例

33. 中华人民共和国缔结条约程序法

（四）重要学术网站

34. 联合国：http://www.un.org

35. 国际法院：http://www.icj-cij.org

36. 国际海洋法法庭：http://www.itlos.org

37. 常设仲裁法院：http://www.pca-cpa.org

38. 国际刑事法院：http://www.icc-cpi.int/home.html&l=en

39. 法律数据库：http://www.LexisNexis.com